

責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）

岡 上 雅 美

目 次

第一章 問題の所在

第二章 刑罰目的と責任刑の役割

第一節 量刑における責任と予防に関する従来の議論

第二節 幅の理論と点の理論

第三節 位置価説

第四節 「責任刑」と予防的考慮

第三章 責任刑の意義について

第一節 「量刑責任」としての「有責な不法」概念

第二節 純粹な行為責任説

責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）

第三節 「行為」概念の拡大

第四節 人格的要因を組み込む行為責任（広い意味での行為責任）の概念

第五節 「刑罰根拠付け責任」と「刑罰限定責任」の

分離

第六節 小括（以上六八卷三・四号）

第四章 量刑事実の範囲をめぐる問題点

第一節 行為者の人格要素・身分的關係と責任刑

第二節 犯罪事実に関する客觀的事情

第一款 行為結果

第五章 責任刑の基礎

第二款 行為の危険性について

第一節 量刑の「特殊性」の存在？

第三節 行為の主観面をめぐって

第二節 量刑事情の範囲と犯罪論

第四節 犯行前の態度または犯行後の事情

第三節 「責任刑」と可罰性

第一款 行為者の前歴

第六章 結びにかえて（以上本号）

第二款 犯行後の事情

第四章 量刑事実の範囲をめぐる問題点

前章までの検討により、量刑論においても、犯罪論の知見が生かされるべきことが明らかになったように思われる。しかし、それに付随して、犯罪論においていまだ解決のつかない理論上の論争問題は量刑論においても当然に引き継がれることは認めざるを得ない⁽¹⁾が、むしろ、犯罪論において、さまざまな論争問題がありながら、量刑段階における最終的な結論が、どの見解からも帰一することのほうが奇異なことといわねばなるまい。そこで、犯罪論と量刑論とを統一的な視点から検討するという観点からは、いわゆる量刑事実についても、あらゆるものが取り込まれるとすることはできないことになる。したがって、量刑事実の確定の問題とは、法的観点から、すなわち責任の観点あるいは予防目的の観点から、刑量決定にあたり裁判官が考慮すべき事実とそうでない事実とをふり分ける活動である。わが国においては学説上、この問題に関する蓄積が手薄であったことは否めないように思われる⁽²⁾。そこで本章でも、おもにドイツの議論を参考にして、そこで行われている議論の論点整理を試みてみたい⁽³⁾。

以下でとくに取り上げるのは、一九八五年以降に起こったブルンス・フリシュ論争である。ブルンスは、わが国でも周知のように、ドイツの量刑法の展開に大きな寄与をなした学者である。ブルンスの功績は、膨大で雑然としていた判例を一定の学問的観点から分類・整序し、さらに、同じく多数の学術論文を網羅的に参照しながらこれらを集成し、「量刑法」を学問化したことにある。ブルンスの主要な著作は、一九六七年に公刊され、一九七四年に第二版が出された『量刑法』(Strafmessungsrecht)⁽⁴⁾と、それをより一層実務の便宜を考えて簡略化した一九八五年の『量刑法』(Das Recht der Strafzumessung)⁽⁵⁾である。これらの著作は、量刑法を取り扱う論文には、必ずといってよいほど引用され、量刑研究においてこれらの著作は避けて通ることのできないものとなっているし、また判決文においても、ブルンスの著作からの引用や、その考え方の影響が多くみられる。ブルンスの『量刑法』は、学者にも実務家にも多大な影響をもった著作なのである。これらの著作が実務家に多く参照され、支持されているのは、ブルンスが判例を豊富に引用するなど、つねに実務を指向し、実務にとって適用可能な学問化を心がけたためであるといつてよい。

これらの文献から明らかになるブルンスの見解に対して、もっぱら解釈学的な見地から、全般にわたって批判的な検討を加えたのが、ブルンス・シュレーの一人であるヴォルフガング・フリシュである。彼は、一九八七年に「量刑理論の現状と将来的展望」⁽⁷⁾という論文を執筆したが、彼の論述の目標は、ブルンスが提示し通説の支持を得ているドイツ連邦通常裁判所の判例を「もつとも適した形、いわば解釈学的構成という形で」、大きく修正することである。⁽⁸⁾フリシュの批判の根源は、数多くの量刑決定の理論的確実性が不十分であり、判決理由が、純粹なフィクションとまったくの憶測に基づくことが多く、また曖昧な語の用い方と美辞麗句に富んだ語句が、現実の思考モデル

を覆い隠し、基本に則った解決を妨げているということである。ここで、フリシュは、未発達の量刑法の分野では、高度な理論的発達を上げている犯罪論での知見をできる限り応用すべきであるということを基本的な立場として、批判的検討の対象をブルンスの一九八五年の『量刑法』およびフランツ・パリンの『法的観点からの量刑』⁽⁹⁾という題名の著作に限定した上で、両者を比較しながら、ときには両者の依って立つ判例に対しても広範な批判を加えている。フリシュが、ブルンスとともに批判的検討の対象としたパリンは、オーストリアの検事総長であった実務家である。パリンの量刑法は、ブルンスやフリシュの論述とは異なっており、統計的資料にも目を向けるものであり、また、オーストリア法の解釈を中心にするものである。もちろん実務的な必要性を重視した著作であるが、オーストリア法の量刑規定を解釈するにあたり、量刑事実を限定的に捉えようとする試みも顕著であって、実務家側からの量刑法としてその意義は大きいと思われる。本稿でも、必要限度で、パリンの見解についても触れることにしたい。

さらに、このフリシュの批判を受けて、ブルンスが批判に応えることを目的として公刊されたのが、一九八八年の『新しい量刑法?』⁽¹¹⁾である。この本で、ブルンスはフリシュの批判を一定限度で受け入れたり、批判には意味がないとしたり、またフリシュに再批判を加えたりしている。

以下では、おもにブルンスとフリシュの間で行われた論争を参照して、ドイツの量刑事実論の諸問題を概観してみたい。⁽¹²⁾その論争の軌跡を追うことにより、刑法解釈学的観点からの量刑事実をめぐる問題点が凝縮されて浮かび上がってくるように思われる。一口に犯罪論の知見を量刑論において反映させるとしても、それはどの場面でのどのように考慮されるのかということが、論争の後を追っていくうちに明らかになってくるだろう。また、ドイツにお

いて、量刑事実の選択をめぐり、どのような議論が行われているのかということ自体、わが国の量刑学にとって大きな意義をもつことになるであろう。したがって、私見による個別問題の解決とその論証については、本稿の範囲を超えるものであり、またさらに別個の機会にすべて譲る予定であることをあらかじめお断わりしておかなければならない。

(1) Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Palin (Teil I), ZStW 99 Heft 3 (1987), 386.

(2) 第一章（早稲田法学第六八卷二・四号七七頁以下）を参照。

(3) ここではとくにドイツの議論を取り上げるが、その他にも外国の立法論あるいは量刑政策における議論は非常に興味深いものが多い。立法の在り方としては、一般に、日本の刑法典は、裁判官の裁量を広く認め、犯罪類型の数も少なく、例えば、一九九条の普通殺人罪では、諸外国の立法に見られるような故殺・謀殺の区別も、殺害方法による区別も設けていない。犯罪類型の上で、加重類型や軽減類型を設ける立法例が何を加重的要因とし、何を軽減的要因としているのか、そしてそれはなぜかという問題は、日本の量刑論にとって参考になるであろう。また、量刑政策として、例えば近時のアメリカの量刑ガイドラインは、量刑基準として、行為者の犯罪歴を横軸にとり、犯罪行為の等級を縦軸にとった表を用いることによって、裁判官の量刑における裁量を制限し、画一的な量刑を目指すために作られたものである（これについては、例えば鈴木義男／岡上雅美「アメリカ合衆国量刑委員会制度とその合憲性」ジュリスト九八六号（平成三年）六四頁以下参照）。そこで加重的な方向に働く要因と軽減的に働く要因で何が選別されているのか、それが採用されている理由は何かが同じく問われることになる。

(4) Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung, 1974.

(5) 一九七四年度版の『量刑法』から、もっぱら学者の関心事であると思われる学説史や刑罰目的をはじめとする理論的な論争問題を、一九八五年度版の『量刑法』では大幅に捨象し、実務家の要求に応えるものとなっている。

責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）

- (9) Hans-Jürgen Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985. 1) § 第1版ごあたゝるが、ders., Leitraden des Strafzumessungsrechts, 1980に於て、これは直接参照せられた。
- (7) Frisch, aO. (Anm. 1), 349; ders., Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II), ZStW 99 Heft 4 (1987), 751.
- (8) Hans-Jürgen Bruns, Neues Strafzumessungsrecht? »Reflexionen« über eine geforderte Umgestaltung, 1988, S. 1.
- (9) Franz Pallin, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht. Mit einer tabellarischen auszugsweisen Kriminalstatistik 1976-1978, 1982.
- (10) オーストリア刑法典三二条一項の量刑の一般原則も、ドイツ刑法典と同じく、「刑の量定の基礎は、行為者の責任である」と規定する。さらに、同条二項および三項は、裁判官が量刑の際に考慮すべき指針を以下のように規定する。
「② 刑の量定に際しては、裁判所は、加重事由及び軽減事由を、それがすでに法定刑を決定していない限り、相互に比較衡量しなければならない。その場合には、法的に保護された価値に対して拒否するか若しくは無関心な行為者の態度に、どの程度所為を帰することができるか、又は、法的に保護された価値を伴う人をも所為に出でさせ得るような外部的事情若しくは動機に、どの程度その所為を帰することができるかを、とくに顧慮するものとする。」
- ③ 一般的には、行為者にその責任があり又は行為者が招来したのではないがそのものの負責がそれに及んだところの加害又は危険が大きければ大きいほど、それだけ厳格に刑を量定するものとし、同様に、行為者がその行為により違反した義務が大きければ大きいほど、行為者がその所為を十分に熟慮すればするほど、行為者がその所為を慎重に準備すればするほど、又は行為者がその所為を傍若無人に実行すればするほど、また、所為に対して用心をなすことが困難であればあるほど、それだけ厳格に刑を量定するものとする。」
- そして、オーストリア刑法典に際だつて特徴的なのは、三三条三四条にそれぞれ特別の加重事由と特別の減輕事由を詳細に例示列挙している点である。オーストリア刑法典の翻訳は、西原春夫監訳『法務資料 オーストリア刑法典』に依った。
- (11) Bruns, aO. (Anm. 8).
- (12) ブルンスとフリシュの論争は、大きくわけて三つの部分からなる。第一には、刑罰目的論（責任刑の意義を含む）であり、第

二には、本章で取り扱う量刑事実の範囲の確定の問題である。そして、第三には、確定した量刑事実の評価方向（刑罰加重的か、刑罰軽減的か）と比較衡量の問題である。これは、シュペンデルに由来する三分法を受けたものであろう。これについては、本論文第一章注（2）（早稲田法学第六八卷三・四号八四頁以下）を参照。本稿では、ブルンスリフリシユ論争の第一の問題は、すでに前章までのところで適宜触れておいた。とくにフリシユの見解は、応報に意義を認めず、裁判官が考慮すべき刑罰目的はもっぱら特別予防だとしている点が特徴的である。また、第三の問題については、一定の量刑事由を選別した後には生じる問題であって、本稿では直接検討の対象とはしない。

第一節 行為者の人格要素・身分的關係と責任刑

1 最初に取り扱うのは、どの程度まで、行為者の社会的地位、職業、および名誉職的な活動を責任刑として考慮できるかという問題である。⁽¹³⁾これを、人格要素が個別行為責任とは無関係であるという理由からただちに、責任刑としてはすべて考慮しないとすれば、それはあまりに短絡的であって、やはり、より慎重な検討を必要とするのである。例えば、過失致死罪における予見可能性・結果回避可能性などの程度を判断する際の過失行為の業務性は、量刑において、この被告人の地位に関連させて論じられている。⁽¹⁴⁾それは、ドイツ刑法典においてはとくに業務上過失致死が独立の加重類型とされているわが国と異なっており、過失行為の業務性が構成要件解釈の問題とされないことにその背景がある。後にも述べるように、もちろんドイツにおいても、これらの要素を人格そのものとして考慮したり、社会的に高い地位にある者に対して高度のモラルを要求しているというわけではなく、被告人の職業・地位と犯罪行為との間に何らかの類型性を作りだし、刑罰の加重を合理的に説明しようとする試みがなされている。ただし、これらを特別予防の必要性を判断する資料として考慮する可能性があるかどうかという問題は当然に別個の

問題であることには留意する必要がある。⁽¹⁶⁾ ここで取り扱う問題は、もっぱら責任刑として、少なくとも刑の上限を決定する際に、このような人的要素をどこまで考慮するかということである。例えば、以下の事例が具体例として挙げられよう。

【設例 1】 警察官がパトロール中に窃盗を働いた。⁽¹⁷⁾

【設例 2】 税関吏が密輸に加担した。⁽¹⁸⁾

【設例 3】 交通担当の警察官が、交通事故によって人を傷害し、または他人を危険にさらした。⁽¹⁹⁾

【設例 4】 国会議員または市議会議員が偽証をした。⁽²⁰⁾

【設例 5】 被告人は裁判官だった。⁽²¹⁾

2 ブルンスによれば、判例はこの問題について、とくに道路交通法についてはまったく態度が一貫していない。⁽²²⁾ ドイツ連邦通常裁判所は、一九六五年九月二八日判決において、被告人の職業上の任務と、それに結びつく義務のために、一般人が被告人に高度な責任感を期待でき、職業上の義務の範囲と犯行との間に最低限の内的関連（*inneren Beziehungen*）がある場合に、被告人の社会的地位は量刑事由となりうるとした。その後、判例は、この後者の基準、すなわち、その特定の行為者について「職業上の義務と行為との間に内的関連がある」⁽²⁴⁾ 場合、刑罰を加重している。ブルンスは、この基準を用いるが、「社会的に高い地位を占めている者に妥当する刑法（*Prominentenstrafrecht*）」⁽²⁵⁾ については、これを警戒している。

3 これに対して、フリシユも、「刑罰加重の根拠を人が社会的に高い地位を占めていることに求め、一定の社会的地位にある者の犯罪に対する激しい憤激の感情をそのまま刑罰に反映させるのは荒っぽい議論である」⁽²⁶⁾ とする。

そして、犯罪論と法効果論との共通の基礎にたつて、これらの行為者事情が、行為の不法や責任を高めることを根拠付けることができるかの問題を説明する必要があるというのである。以下は、彼の見解である。

不法の観点では、行為者の身分がどのようなものであれ、行為の外的な経過は同じであるから、不法が高まることとがあれば、その根拠は、「行為者の義務拘束性がとくに厳しいこと」ということになる。判例のいう「職業と犯行との間の内的関連」は、曖昧であつて、特徴のない基準である。そこで、より具体的に、「行為者が侵害法益に対して保証人的義務をもつこと」が必要である。⁽²⁷⁾そして、この基準は、明確化と合理的な根拠付けに奉仕するものであり、不法の側面で行為者の社会的地位や職業上の地位を刑罰加重的に考慮することがかなりの程度制限できる。そこで、【設例1】から【設例3】までの事例において、被告人の身分を刑罰加重的に考慮でき、【設例4】および

【設例5】では被告人の身分は刑罰の加重を根拠付けられない。⁽²⁸⁾

不法とは別の観点では、一定の地位にある者が、一般人よりも結果についての高度な知識をもっていて、より具体的かつ現実的にこの危険を意識していたという事実がある場合に、この地位を考慮していかという問題が生じる。この場合、行為者の結果回避能力が高いことが肯定でき、責任が重くなるために、また、行為者は規範の呼びかけをするべく感知することができ、規範の妥当性がとくに問題となりうる事例であるのだから、このような地位を刑罰加重的に考慮してよい。そこで、判例の立場に同調して、①特別に道路交通の危険に携わっていて、その限りで生じる危険を繰り返し具体的にしている者、および②一定の法益を保護する任務を負い、その法益の価値や危殆化をとくに理解していた者を重く処罰する結論を認める。⁽²⁹⁾そして、被告人の地位は、徴表的なものにすぎない場合があるので、このような実質化は不可欠である。

4 以上のように、フリシュは、侵害法益に対する保証人的地位や特別知識による予見可能性を中核とする、とくに強い義務拘束性によって、行為者の社会的地位を實質化しようとするが、これに対して、ブルンスは、判例の用いる「職業と行為との間の内的関連」という基準が曖昧であって、フリシュの基準に取って代わられる含みを認めながらも、これに代わるフリシュの提案する基準は融通の利かない制限であり、これを用いるべきでないとする。行為者の特別知識や地位のために、起こり得る特別の危険についての知識が高く、それゆえ、行為者は危険を回避しなければならぬ行為者類型に属するために、行為者の「高められた回避能力」がその危険に対応できる場合には、フリシュの基準を用いることができる。しかし、この点では判例の決定は維持されるし、新たな基準を提示して、判例を変更する必要性に欠けるというのである。ブルンスは、刑罰加重の基準として、「ある義務違反が有罪判決を下されるべき行為と関連して意味をもつ場合、そのような特別の義務違反が被告人の職業上の地位から生じる場合、すなわち職業と犯行の内的関連がある場合」ということを提示する。そこで、【設例4】や【設例5】はフリシュと同じく、刑罰加重を否定すべきだとするが、【設例3】のような道交法違反の場合、ブルンスによれば、職業の運転手、道路交通法担当の検事・裁判官についても刑罰の加重を認めてよいとする⁽³⁰⁾。

ブルンスも、被告人の地位が徴表にすぎないものであり、「実質的な側面」を充足することが重要であると認めるが、フリシュと異なつて、判例の用いている筋の通った帰結は、犯罪論を借用せずともすでに導かれているのである⁽³¹⁾。特別の量刑上の考慮から導くことができるのである。

(13) ドイツ刑法典四六条二項は、刑の量定にあたって裁判官がとくに考慮すべき事情を例示列挙しているが、その中の一つに含ま

れるのが、行為者の個人的事情 (persönlichen Verhältnisse) である。本文中、「身分」という語で表したのもこれに含まれる。

(14) BGH, VRS 34, 272 は、被告人に能力がなく、または低いことは特別の注意を義務付けるとして、未熟な運転手であることを理由に刑罰を加重した。

(15) W.Theune, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht, NSiZ 1986, 496 にすれば、BGH Urt. v. 30. 4. 1986 - 2 SoR 165/86 (判例集未登載) は、公務員による性犯罪について、「特定の職業分野にいる被告人、例えば公務員には、高度の義務を負わせ、彼をより重い刑に値せるといいう一般則は認められない」としたとされている。また、OGH, 3 125 も「社会的地位の高い者 (Vorgesetzte) は、責任感が高まることに基づいて、より厳しく処罰すべきである」という一般則は存在しない」とする。Vgl. Adolf Schönke/Horst Schröder/Walter Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Auf., 1991, §46 Rdn. 35.

(16) とくに被告人の刑罰感銘性は、この観点で論じられることとなる。これに基づいて、Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 196ff.

(17) フリシエの設例。Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 764.

(18) BGH, NJW 1971, 2141.

(19) Braunschweig, NJW 1960, 1073 (刑罰の加重を肯定)。なお、同じ道路交通法違反でも、Köln, VRS 33, 31 は、被告人が検察官であるという事実によつて刑罰を加重することを否定した。

(20) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 194.

(21) BGH, MDR 1957, 528, 以下他は、刑罰加重的に被告人の身分が考慮されたものとして、省職員身分 (BGH, VRS 14, 56)、自動車運転手の資格 (KG, DAR 1967, 335) などがある一方、刑罰を加重しなかったものとして、Hamm, VRS 68, 441 (交通事故において被告人がこみ取集車の運転手であったこと)、BGH, VRS 24, 47 (道交法違反で被告人が連邦国防軍の隊員であったこと)。ただし、被告人の経験が刑罰加重の基礎として考慮される可能性を肯定的に示唆している) などがある。

(22) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 193ff.

(23) BGH, MDR 1966, 26.

(24) BGH, NSiZ 1988, 175 は、この基準を採用する。

(25) 特定人の集団——社会的に高い地位や専門的な資格のある者——には、通常人よりいっそう、国家の法律を正しく尊重することが要求され、あるいは期待され得るとする刑法のあり方を指す。

- (26) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 764.
- (27) Ebenda.
- (28) Ebenda, S. 764f.
- (29) Ebenda, S. 765.
- (30) Bruns, aaO. (Anm. 8), S. 54.
- (31) Ebenda, S. 55.

第二節 犯罪事実に関する客觀的事情

第一款 行為結果

1 行為結果 (Auswirkungen der Tat) は、犯罪事実に関わるものであり、量刑事実の中でもとくに重要な地位を占めている。これは、解釈論にとっても興味深い問題であり、実務上もとくに重要である。ブルンスもパリン⁽³²⁾もこの問題については、独自の章を設け、多くの紙面を割り当てている。ブルンスは、行為結果について、構成要件外の結果と構成要件内の結果とを区別する⁽³⁴⁾。この区分の上に立つても、様々な問題設定が可能であるが、とくに「構成要件外の結果が責任刑の量刑においてどの程度の役割を演じることができるか」という問題がブルンスとフリシュの間で議論されている⁽³⁵⁾。構成要件内の事情が責任にとって重要なものは明らかであるために、おもに議論されているのは、構成要件外の結果なのである。事例としては、次のようなものがある⁽³⁶⁾。

【設例 6】脅迫の事例において、被害者が脅迫を苦に自殺してしまった(自殺関与罪が不成立なのが前提である。被害者の致死結果を「脅迫」罪の量刑において考慮してよいかの問題である⁽³⁷⁾)。

【設例7】詐欺によって得た物を、後になって過失により損壊した。⁽³⁸⁾

【設例8】道交法違反の過失行為が、それ自体は不可罰の胎児傷害の結果を生じた。⁽³⁹⁾

ブルンスは、不可罰的事後行為の場合や過失犯処罰規定がない場合、およそ単独では不可罰な結果の惹起を理由として、刑罰を加重することで間接処罰(indirekte Bestrafung)を招いているのではないかを問題とする。⁽⁴⁰⁾しかし、この間接処罰の問題については彼自身の見解は展開されておらず、むしろ、このような危惧を背景にして、責任主義との調和の観点から主観的帰属要件をとくに要求することによって、これらの事情の考慮に一定の制限を加えようとする。つまり、「行為者が違反した法規が、そのような結果の保護をもまた目的としている場合に、そのような結果を少なくとも過失により惹起したという事実は、これを考慮する」というのである。⁽⁴¹⁾

一方、パリンは、構成要件外の損害については、損害と保護法益との間の違法連関も、類型性も必要がないとする。したがって、行為者の責任の領域で結果帰属が問題となるが、結果的加重犯からの類推により、結果の予見可能性で十分であるとする。⁽⁴²⁾

2 フリシユは、この両者の見解に満足することはできないとし、「規範の保護目的」という犯罪論の知見を用いることによって、これを解決しようとする。⁽⁴³⁾この点に関するパリンの見解は、犯罪論の知見を無視するものであって妥当でないとするのである。フリシユの用いる犯罪論の知見とは、「行為者がなるほど因果的には惹起したが、帰属可能には惹起しなかった結果は不法とは評価できない」ということである。⁽⁴⁴⁾このような結果は、たとえ予見可能であったとしても、さらには故意によって惹起されたとしても、量刑上考慮できないとする。このような基準は、とくに規範の保護目的外にある結果について意味があり、規範の保護目的内にある結果が生じてはじめて主観的帰属

属の問題が生じるとする。この理由付けとして、フリシュは、帰責連関のある構成要件外の結果のみが法的平和の動搖の程度を確定できるからという。

3 「有責な結果」に対する責任形式としての認識の程度はどの程度のものが要求されるかという問題に関して、フリシュは、構成要件外の結果についての認識は過失で足りるとし、その理由を次のように述べる。⁽⁴⁶⁾

規範の保護目的の内部にある構成要件外の結果を立法者が故意構成要件に加えなかったのは、それが過失で足りると立法者が判断したからに他ならない。そして、規範の保護目的外にある結果についても過失で足りるとするパリンの見解には反対である。一方、構成要件内の結果として、その認識がとくに問題となるのは、結果の程度化・深化についてである。結果の程度や量について、認識がある場合には問題はないが、認識がない場合、故意構成要件を基礎にする規範が、同時にそのような程度化・深化について、むしろそれに結びついた特別の損害を妨げるための保護規範として特徴付けられるのであれば、過失構成要件が存在し、過失が存在する場合に限って量刑事情となる。⁽⁴⁷⁾

4 また、さらに問題となりうるのは、ドイツ刑法典三二三条aの酩酊犯罪である。三二三条aは、自己酩酊下の者が、この状態において違法行為を行い、酩酊の故にこの違法行為がそれ自体については不処罰となる場合、五年以下の自由刑または罰金刑で処罰される。この酩酊下の違法行為は客観的処罰条件と理解されている。ドイツにおいては、とくに判例がこれを客観的処罰条件である（それ故、責任には無関係である）としながら、四六条二項の量刑事実としては「有責な」行為結果として、酩酊下の違法行為の態様やそれによって発生した損害など考慮するとしている。この点が整合性に欠けることになるのではないかが問題となろう。通説も判例の結論を支持する。フ

リシユも、この事情を客観的処罰条件であり、量刑上は構成要件外の結果と理解した上で、それでも三二三条aの規範の保護目的による禁止の対象には酩酊行為の禁止が含まれており、また立法者が刑罰の「有無」について決定的な基礎としたものは、当然に法的平和の動揺の程度について影響を与え⁽⁴⁸⁾として、結論的に判例の立場を支持している。

5 以上のフリシユの記述に対するブルンスの評価は、簡単に記述されている。フリシユが「規範の保護目的」論を援用することを捉え、構成要件論からの借用には根源的な疑念があるという指摘にとどまっている⁽⁴⁹⁾。ブルンスも量刑論固有の要請として「規範の保護目的」のメルクマールを取り入れているため、この点について両者の見解に決定的な対立点は存在しない。しかし、一方でフリシユが有責な行為結果については、その責任形式以前に客観的重要性を明らかにしなければならないとする点では、これに賛同している⁽⁵⁰⁾。

さらに客観的処罰条件としての酩酊行為について、フリシユのように酩酊行為を有責な結果に組み込むことは、解釈上困難であるとする。そこで、ブルンスが主張するのは、客観的処罰条件である酩酊行為を「有責な結果」とするのではなく、⁽⁵¹⁾量刑上考慮し得る他のメルクマールに組み込むことである。すなわち、この客観的な結果を、構成要件外の有責でない、所為結果に対する客観的結果負責 (objective Erfolgschaftung) として、四六条二項の下でも認め得るとする⁽⁵²⁾のである。

(22) Bruns, aaO. (Ann. 6), S. 151ff.

(23) Pallin, aaO. (Ann. 9), Rz. 27ff.

- (34) この区別について、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（四）」法学研究第五六卷一号（昭和五八年）六三頁以下、川崎一夫『体系的量刑論』（平成三年）一一三頁以下参照。
- (35) 構成要件外の結果を考慮することと罪刑法定主義の問題については、フリッシュは、四六条二項において「行為の有責な結果」が量刑事情として挙げられており、二重評価の禁止規定により、構成要件の結果を量刑段階でも考慮することが禁止されている以上、法律上量刑で考慮すべき結果は、おもに構成要件外の結果ということになるため、これを考慮することには一応の「法的な」根拠があるとする。しかし、これらの規定をもたないわが国において、とくに刑罰を加重する方向にこれらの事情を考慮することについては罪刑法定主義との抵触問題がなお残るよう思われる。
- (36) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 752.
- (37) BGH 10, 259. など、強姦罪の被害者に於て自殺未遂に於て、BGH, StV 1987, 100.
- (38) BGH, VRS 15, 112.
- (39) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 752.
- (40) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 159.
- (41) Ebenda, S. 164ff.
- (42) Pallin, aaO. (Anm. 9), Rz. 27.
- (43) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 753; vgl. auch Eckhard Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I Allgemeiner Teil, 18. Lieferung, 1993, §46 Rdn. 109.
- (44) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 753f.
- (45) 「法的平和の動搖」に関するフリッシュの見解については、ders., aaO. (Anm. 1), Teil I, S. 386ff. を参照。フリッシュによれば、責任刑を科すことが正当化されるのは、応報思想によるのではなく、刑罰が行為によって惹起された法的平和の動搖、すなわち規範の不可侵性への国民の期待の動搖を回復する点にあるとする。さらに、構成要件外の結果にも、規範の保護目的の内部にあるものと、規範の保護目的にさへ属さないものの二種類があることになる。そこで、彼は、用語法の問題について、量刑上考慮されるべき構成要件外の結果とは、本来は「構成要件に類型化されていない構成要件関係結果」であり、一方、構成要件内の結果とは、「構成要件に類型化されている構成要件関係結果」であるとする (Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 755)。

(46) Ebenda, S. 755ff.

(47) ただし、フリッシュは、損害の程度についての主観的帰属、および故意なく延長された継続犯（例えば、ドイツ刑法典二三九条二項は、自由の剥奪罪についてその期間が一週間を越えて続いたときには、一項の自由剥奪罪を加重処罰する。その場合、拘禁期間が、行為者の意図に反して一週間を越えてしまった場合）については見解を留保している。

(48) わが国では、典型的に客観的処罰条件とされているものについて、直接侵害の程度が問題となる場合が想定できないために、ドイツはこの点について意識されることはないかもしれないが、例えば一元的人的不法論のように結果一般が客観的処罰条件であるとした場合に、例えば結果の態様や程度が量刑上どのように組み込まれるかは、一個の大きな問題として残ることになろう。

(49) Bruns, aaO. (Anm. 8), S. 50f.

(50) Ebenda, S. 51.

(51) Ebenda, S. 52.

(52) Ders., aaO. (Anm. 6), S. 157f.

第二款 行為の危険性について

1. 以下に含まれるものとしては、ドイツ刑法典四六条二項の量刑カタログのうち、「行為の遂行態様 (Art und Weise der Ausführung der Tat)」に関係する事実である。具体的には、行為の仕方、特定の道具を用いたこと、⁽⁵³⁾複数者の関与などである。これについては、わが国の刑法とは異なっており、ドイツ法には、さまざまな判断基準が法律上与えられている。例えば、ドイツ刑法典二四三条は、窃盗罪の加重類型としての「窃盗のとくに重い場合」を規定し、建物、住居、仕事場もしくは営業所またはその他の閉鎖された場所に侵入し、忍び込み、合鍵もしくはその他の正規に錠を開くのに予定されていない器具を使用して押し入り、または右の場所に潜み隠れていたなど、かなり具体的な加重事情を列挙している。また二四四条は、おなじく窃盗罪の加重類型として、「凶器を携えての窃

盗・集団窃盗」として「窃盗を犯すに際して、行為者もしくはその他の関与者が銃器を携えていたとき」など武器の携帯についても細かに規定している。これらの規定によって、法律が何を加重的な行為態様であると考えているのかがおおよそ分かるため、このような加重類型をもたない犯罪類型に関する量刑事情の評価にあたっても、法律上の価値決定を振り所とすることができるとされ、この量刑事情の領域については、素材の限定はさほど困難ではないとされている。⁽⁵⁴⁾ とくにこれらの事情は、行為不法の精密化、行為の危険性の大きさを判断するために必要とされている。

2 その中でもより詳しい考察を必要とするのは、「共同の責任 (Mitverschulden ; mitwirkende Verschulden)」という量刑要素である。⁽⁵⁵⁾ これは、しばしば道路交通法の領域において、行為者以外の者（例えば、被害者）が、行為者とともに、事故について共同責任がある (mitschuldig)、あるいは少なくとも共同惹起した (mitverursacht) という事情である。ブルンスによれば、これは、実務でも大きな意義をもち、特別に検討されていて、一般的には刑罰軽減事由と考えられている。とくに刑の延期については大きく影響するということである。⁽⁵⁶⁾ 設例としては、次のような事例類型を挙げておこう。⁽⁵⁷⁾

【設例 9】客観的には違法な態度をとっていた（責任無能力の）子供に、交通事故で傷害を負わせてしまった。

【設例 10】責任ある大人が、違法な態度をとっており、そのためその者に交通事故で傷害を負わせてしまった。

【設例 11】被告人は、宣誓拒否ができることを教えられていなかった。

ブルンスもパリンもこの点については広く一致しており、共同惹起の相手方が、被害者である場合も、第三者である場合も、また、【設例 11】のように国家機関である場合にも、刑罰軽減事由としている。その理由付けについて

は、ブルンスは、このような事情は、行為者の可罰性には影響しないが、行為者の責任の程度を減少させ、おそらくは、行為者によって惹起された不法の「程度」さえも減少させるとしている。一方、パリンは行為者に非難可能な行為の不法内容が減少するという。行為不法が減少するのみならず、結果不法も重大ではないとする。両者とも、【設例9】の責任無能力者の関与は、被告人に有利に考慮されるが、他の交通関与者の誤った態度が予見可能であった場合には、この例外を認めるとする。

3 フリシュは、しかし、この結論の一致は、一種の直感的判断であって、この結論を支える説得的な根拠付けが欠けているという。⁽⁵⁸⁾フリシュによれば、ここでは以下のように考えるべきであるとする。

ここで問われているのは、行為者の責任ではなく、それ以前に検討されるべき行為の危険性である。この類型の量刑事情の原型は、ブルンスが典型例として考えている【設例9】ではなく、【設例10】を出発点とすべきである。例えば、被害者が答責能力のある人として、結果に対してともに責任を負っている場合である。その場合、結果は、行為者の負担にされるばかりでなく、部分的に被害者にも帰責できるであろう。ここで問題となっているのは、まさに犯罪論で論じられている結果の帰属論を量刑論に持ち込むことに他ならない。⁽⁵⁹⁾被害者に落ち度がなかったが結果に至ったであろう場合を基準として判断し、共同に作用した場合にのみ結果に至ったであろう場合には、その行為は危険でない。結果の惹起が第三者の行為の介入による場合も同様である。この場合も、結果は行為者に部分的にしか帰属しない。また、責任無能力者の共同作用があった場合も、原則的に正しい行為を行う他人という理想像を出発点とし、自らの態度を調整する(Einrichtung)必要性が問題となる。そして、この理想像からどの程度逸脱したかが問題となる。量刑論は、以上のように犯罪論の基本的理解を、程度の検討について細分化するものなので

ある。⁽⁶⁰⁾

4 ブルンスは、これについてはフリシュの見解に非常に好意的である。⁽⁶¹⁾ フリシュが、この共同に作用する責任について法理論的な基礎付けに欠けているとしたことをブルンスも認め、そして、行為者の責任が軽減する以前に、行為不法が軽減することについても異論はないという。しかし、ブルンスはまた、次のことも指摘するのである。つまり、フリシュの提言は判例の帰結を変えるものではなく、その理論構成を変化させるにすぎない。事実審裁判官は、この法理論的深化を取り上げることとはほとんどないであろうとしている。それでも、ブルンスは、とくに犯行後に被害者の、あるいは医者などの第三者の落ち度のある態度が介入した場合には、フリシュの見解が援用される可能性があるというのである。⁽⁶²⁾

(53) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 175ff. なお、ブルンスが「行為の属性 (Modifikationen der Tat)」と呼んで、独立の章を設けている (ebenda, S. 166ff.) もの、フリシュはこれに含めて取り扱っている。

(54) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 755ff. これらの加重類型の性質が、一つ一つ別個の構成要件であるのか、または構成要件とは別の量刑事情にすぎないものかについては争いがある。これらの議論については、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察 (一)」法学研究第五五巻一〇号 (昭和五七年) 七二頁以下を参照。また、これらの加重類型を根拠に、量刑事情一般にこれを拡大することについて、これを許さない類推解釈であるとするのが、パリンの見解である。Pallin, aaO. (Anm. 9), Rz. 17.

(55) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 166; Pallin, aaO. (Anm. 9), Rz. 32, 35.

(56) Karlsruhe, NJW 1974, 283; BGH 3, 219; VRS 29, 277; BGH, VRS 24, 367; OLG Hamm, VRS 24, 230.

(57) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 759.

(58) Ebenda, S. 760.

(59) Ebenda, S. 761.

(60) Ebenda, S. 763.

(61) Bruns, aaO. (Ann. 8), S. 52f.

(62) Ebenda, S. 52.

第三節 行為の主観面をめぐって

1 ブルンスが「行為の心理的動因 (seelischen Wurzeln der Tat)」と呼ぶ、ここに含まれる要因は、例えば、行為の目標、動機、心情、行為の際に現れた意思などである。ブルンスは、豊富に判例を引用して、この量刑事情の体系化を試みている。⁽⁶³⁾ パリンはこれについてはあまり体系的ではなく、オーストリア刑法典⁽⁶⁴⁾三四条に沿って、その注釈のような形で論述している。⁽⁶⁵⁾ 両者とも、行為者の主観という要因を道徳的評価が混入する糸口になる場にならないための努力をしているのが特徴的である。⁽⁶⁶⁾ とくに、パリンは、非難すべき動機という加重事由を、いかにも嫌悪の情を引き起こすに適した言葉を用いて記述することに厳しく反対しているのが注目される。⁽⁶⁷⁾

2 フリシュも、道徳的で、低俗な評価を避けるという方針には賛同するものの、その実現が困難であることは明らかであるとする。⁽⁶⁸⁾ とくに法律上の根拠がない場合、どこから法的評価を引き出すのか、また倫理規則を拠り所とするのかはまったく明らかでないし、そもそも犯罪の背後にある動機を刑罰加重的であるとするのはなぜかという問題も満足には論じられていないというのである。このような場合、二つのことに従うのが重要であるとする。以下は彼の見解である。

一つには、結局、法的な価値基準に評価が入ることは認めざるをえないということである。⁽⁶⁹⁾しかし、その内容は、倫理に立ち戻ることはできない。なぜなら、刑罰とは、法的に無価値な行為への反作用であって、倫理とは一線を画すからである。この点で不可欠なのは、主観的否定的評価とは、法秩序の価値から——ある程度は大きく——逸脱することであって、主観面の内部の区分は役立たない。二つめには、刑罰規定と、法秩序のどこかに定められた価値とを結び付けることはできないということである。あらゆる価値違反を刑罰加重的だとすれば、刑罰法規に無制限の拡大を与えることとなる。他の量刑要因を制限的に考えようとする努力も、結局は妨げられることになる。これを避けようとするならば、主観的状态を否定的に評価するための根拠を与えること、価値の問題と構成要件関連結果の限界付けとを関連させることが重要である。そこから、構成要件の保護範囲にある価値が重要であり、この価値との矛盾のみが考慮されるのである。逆にいえば、構成要件の保護範囲外にある価値に基づいて否定的に評価される態度を根拠付けることは、まさに一般人には受け入れられない根拠付けに他ならない。

そこで、実際上の適用としては以下⁽⁷⁰⁾のようになる。主観的状态の判断基準は、第一に保護法益、構成要件上保護された法益である。これに対して否定的であればあるほど、動機が悪ければ悪いほど、その行為には「根拠(Grund)」がなくなる。ここに提示される「根拠」が少なれば少ないほど、根拠のない犯罪行為、正確には「法的に承認できる根拠のない犯罪行為」ということになり、行為は否定的に評価されることになる。逆に、「根拠」があれば、行為の否定的評価が欠落するにまで至る。決定的な点は、犯罪論の正当化論と免責論から理解される。さらに、法益の完全否定か、法益の危殆化として理解される未必の故意として行為を理解していたかが問題となる。行為者が目指していた状況もまた、法益価値に反する場合には、規範に忠実な態度への期待はとくに大きく失望することにな

る。以上は構成要件上の直接の保護法益が侵害されることであるが、他の財や他の価値と行為が矛盾する場合は、事情が異なる。構成要件外の価値に反する行為に「根拠」がないことは、刑罰軽減事由が存在しないということにすぎないのであって、刑罰加重事由ではない。しかし、行為者が行為の決意によって違反した価値もまた、構成要件の保護範囲にある場合にもこれは考慮される⁽¹⁾。

【設例12】偽証罪において、不当にも生じる第三者の自由剝奪の高度な危険も行為者が行為に出るのを思いとどまらせなかった。

【設例13】脅迫の被害者が、健康を損なうかもしれないことも、行為者を思いとどまらせなかった。

【設例14】別の犯罪行為（例えば、偽造）を行うために、物を盗んだ。

【設例15】民法上、または公法上の不法を実現するために、物を盗んだ。

【設例16】反倫理的な行為を行うために、物を盗んだ。

フリシュによれば、これらの具体例については、【設例12】および【設例13】は、構成要件に関連した否定的決心であり、【設例14】および【設例15】の場合には、行為者に軽減事由がないだけであり、軽減を行わない完全な形態の刑罰が科されることになる。これに対して【設例16】の事情は量刑上、およそ考慮されないとする。なぜならば、これを量刑上考慮することは、法と道徳の混同に至るものであり、構成要件の保護範囲を拡大するものだからである。このような態度を刑罰加重的であるとするならば、立法者が熟慮の上、不可罰にしておいた行為を量刑段階になって可罰化してしまうことになるからである。

3 主観的事情の重視が道徳的な考察に陥るのではないかという、フリシュの懸念について、ブルンスは、現実

の判例の動向を考えれば、この懸念にはすでに根拠がなく、あまりに理論に傾きすぎた懸念であるとする。⁽⁷²⁾そして、主観的な事情が行為者に有利に働く可能性すなわち刑罰軽減事情として機能する可能性があるにもかかわらず、これらの事情を考慮に入れないことは理由がなく、不当だといのである。倫理——道徳判断に陥る危険性は、たびたび連邦通常裁判所によって否定されてきたところであって、判例の運用には疑念がないとする。しかし、ブルンスは、量刑事実の評価方向の問題については、社会倫理や礼節などの諸規範にある程度立ち戻ることを完全に避けることはできないとするが、それでも、立法者が十分に考えた理由から不可罰にしておいた行為態様を、量刑段階で可罰化することには警戒すべきであるとする。

この点に関する議論においてとくに、ブルンスとフリシュの思考方法の根本的な相違が見て取れるように思われる。ブルンスが依って立つところは、徹頭徹尾、判例なのであって、判例に不合理な点がある場合は別としても、判例に行き過ぎがなく、妥当に運用されている場面では、「解釈理論」を持ち込んで、判例の変更を迫る必要がないというのである。一方、フリシュの出発点は、ここでも同じく犯罪論の発想である。如何に判例に行き過ぎがなくとも、「解釈理論」で説明のつかないものは排除しようといっているのである。

(63) Bruns, aaO. (Ann. 6), S. 210ff. ブルンスの記述は、「おおむねドイツ刑法典四六条二項に従い、動機、目的、心情、意思・義務違反、回避可能な禁止の錯誤をそれぞれ判例に表れた事例を中心にして書かれており、最後に確信犯人について、同じく判例を中心に締めくくっている。

(64) ドイツ刑法典四六条二項は、裁判官が考慮すべき量刑事情として、「行為者の動機および目的、行為によって表れた心情および行為に際して向けられた意思」を挙げる。一方、オーストリア刑法典では、三二条の量刑の一般原則の第二項において、動機の考

慮が規定されているほか、第三項において、「行為者がその行為を十分に熟慮」した場合に厳格に刑を量定するとしている。また、二三条の特別の加重事由において、「とくに非難すべき動機から行為した場合」が挙げられ、三四条の特別の軽減事由においては、「尊敬に値する動機」「行為を無思慮からなしたにすぎない場合」、「あらかじめ意図してというよりはむしろとくに誘惑的な機会に誘われて行為をなした場合」などが規定されている。

(65) 刑罰加重事由として Pallin, aAO. (Anm. 9), Rz. 48; 刑罰軽減事由として ebenda, Rz. 56, 60ff. パリンが警戒しているのは、とくに刑罰加重事由としての「非難すべき動機」の判断にあたって、意図的に嫌悪感に訴える言葉を用いて、刑罰の加重を感情的に理由付けようとするものであるが、刑罰軽減事由の不存在を刑罰加重事由と考えてよいかは、一つの問題である。これについて、林美月子「量刑事情と評価方向——刑を重くする事情の不存在」に関するドイツの議論——神奈川法学第二七巻二・三号（平成四年）一三五頁以下参照。

(66) Bruns, aAO. (Anm. 6), S. 211は「たとえ法律がこれについて立場を明らかにしていなくとも、つねに法律的判断は、曖昧な道徳的判断に先行しなければならない」とする。

(67) Pallin, aAO. (Anm. 9), Rz. 48.

(68) Frisch, aAO. (Anm. 7), Teil II, S. 765ff.

(69) Ebenda, S. 767.

(70) Ebenda, S. 768.

(71) Ebenda, S. 769.

(72) Bruns, aAO. (Anm. 8), S. 55f.

(73) BGH, NJW 1987, 2685; NSStZ 1987, 405.

第四節 犯行前の態度または犯行後の事情

量刑事情のうちでも、この犯行前の態度と犯行後の事情は、実務ではつねに重視されているにもかかわらず、学

説上、責任刑の量定にとつて、これらの事情がもつ重要性に理論的な根拠を与えるのが非常に困難である意識されてきた領域である。⁽⁷⁴⁾ 行為責任を、純粹に犯罪行為時に限定し、人格的要素を排除するものと理解すれば、これらの事情はすべて考慮しないとした方が、理論体系上の美学は保つことができるかもしれない。しかし、これらの犯罪前後の事情をめぐって、学説では古くから「行為責任」の要素にその一部分を組み入れようとしてきたのである。⁽⁷⁵⁾ 以下では、第一に、犯罪行為前の態度のうち、とくに行為者の前歴を検討することにする。この犯罪行為前の態度には、そのほかにも犯罪行為の予備段階あるいは予備段階にも至らない周到な準備などの事情も入りうるが、学説では、これらのより犯罪行為自体に直結しやすい事情は、行為遂行の態様や犯罪意思の強さなど別のメルクマールとしても論じられているようである。⁽⁷⁶⁾ ブルンスが犯罪前の態度について関心の対象としているのは、おもに行為者の前科・前歴についてであつて、犯罪の準備行為は、一部に「不可罰ではあるが、倫理的に許されない態度」として簡潔に論じている。第二には、犯罪後の事情を論じることとし、最後に、これらの事情を検討した上で得られる「責任刑」の概念について考察することにした。

(74) Bruns, aO. (Ann. 6), S. 219.

(75) 本論文第三章で取り扱った様々な責任の意味内容は、元来、責任刑として考慮される事情にどこまで前科・前歴を含む犯罪前後の事情を含めることができるかに関する論争であつた（早稲田法学第六八卷三・四号一一二頁以下）。

(76) Schönke/Schröder/Stree, aO. (Ann. 15), §46 Rdn. 16, 21.

第一款 行為者の前歴

1 ここに含まれる事実としては、行為者の前科、判決が下されなかった過去の犯罪行為、逆に、行為者には前科がないこと、および良い行状などがある。もちろん、これらは行為者に対する刑罰の効果または行為者の危険性を判断するのにも用いられるが、それ以前にすでに行為の責任の量をも規定しているとされているのである。⁽⁷⁷⁾とくに前科は、実務においてとくに重視されている。⁽⁷⁸⁾設例として、次のものを挙げておこう。

【設例17】 当該犯罪と同種の犯罪について、有罪判決を下された前科がある。⁽⁷⁹⁾

【設例18】 当該犯罪とは異なる犯罪に関する前科がある。⁽⁸⁰⁾

【設例19】 手続の停止のために、有罪判決を受けていない過去の犯行がある。⁽⁸¹⁾

【設例20】 同種の行為について、無罪判決がある。⁽⁸²⁾

【設例21】 行為者は、過去に倫理的に許されない態度をとったことがある。⁽⁸³⁾

【設例22】 前科がない、またはよい行状がある。⁽⁸⁴⁾

ブルンスは、これに関して、前科が量刑にとつて重要であるとするこの根拠を問いなおし、その根拠から、有効な限界付けを行おうとしている。⁽⁸⁵⁾そして、実務の現状のように、たやすくこれに意義を認めようとする「単純化傾向」に対しては、行為責任を理由として処罰されるという原則が守られていないとして、これを批判するのである。一方、行為概念の中に、これらの事情を含めようとする、「行為概念の拡大」にも反対する。⁽⁸⁶⁾拡大されるのは、責任概念ではなく、量刑事情であるというのである。そして、判例が用いている「徴表的構成 (Indizkonstruktion)」⁽⁸⁷⁾を採用する。つまり、行為外の事情が、行為の不法内容・責任内容の推論を許すかどうかを問題とし、これを許す

場合には量刑事情とするといふのである。⁽⁸⁸⁾

しかし、ブルンスは、具体的問題の解決としては、かなり広い範囲で、前科あるいは過去の行為が量刑事情になることを承認する。⁽⁸⁹⁾ まず、【設例17】の判決を下された前科は、「前に同じ行為を遂行した」という意味と、「行為者は有罪判決により、すでに警告を受けていた（警告機能）」という意味により、刑罰加重的量刑事情として認められる。【設例18】にも限定的にこの事情を考慮し、【設例19】にも【設例20】にも警告機能があるために、この事情を刑罰加重的に考慮してよいとする。⁽⁹⁰⁾ 決定的なのは、以前に処罰されたことがあるかどうかということではなく、以前に【設例21】のような事情も、高められた法的敵対性や高められた犯罪エネルギーを徴表する場合には重要でありうるとする。また、【設例22】は一般的に刑罰軽減的であるとしている。⁽⁹¹⁾

一方、パリンの見解も、前科・前歴に徴表機能を認めている。それでも、オーストリア刑法典がこれらを重視しているのにもかかわらず、前科をとくに刑罰加重方向について考慮することには、パリンはブルンスよりも慎重である。⁽⁹²⁾ 彼は、「同じ侵害的傾向」に基づく前科のみを重視しており、【設例19】と【設例20】の有罪判決を受けていない前の行為を刑罰加重的に考慮することは、無罪推定の原則に反するものであるとしている。⁽⁹³⁾ そして、累犯性に対して、実務があまりに大きな意味を付与していることには反対する。なぜならば、「真剣に考えられた行為責任主義と、累犯を理由として刑を加重することとを調和させようとする試みは、責任の観点のもとでは、今日に至るまで成功していない」⁽⁹⁴⁾ からである。

2 フリシュの見解は、刑法典四八条の累犯規定が削除されたドイツにおいて、いっそうパリンの指摘が重要であるとし、また、ブルンスが、前科が何の根拠もなく責任を高めるとして重視することに反対する点にも好意的で

ある。⁽⁹⁶⁾そして、前科が行為者の特別予防の必要性を判断する資料としては、やはり、それでも限られた範囲で重要であると考えている。しかし、「過去の行為と現在の行為との内的関連性」や「具体的意味の統一性」などといった美辞麗句を用いて、本来の思考過程を覆い隠そうとする判例を批判している。⁽⁹⁷⁾

前科から完全に徴表的な意義を取り去ってしまつてよいかということについて、フリッシュは断定的ない方を避けており、自分にはこの問題は分らないところが多く、パリンの見解を強調することだけしかできないと述べている。しかし、一般に用いられている「警告による根拠付け」については、次のような疑問を提起しており、それは注目に値しよう。⁽⁹⁸⁾

警告による根拠付けが疑わしいのは、それが一定の事例、例えば有罪判決を受けていない過去の行為や可罰的でない過去の態度といった事例においては、明らかに機能しない。とくに無罪判決による警告というテーゼは、まったくのフィクションの領域に至るものである。ここでも、前科は量刑上考慮されて当然であるとする結論的事実が持ち出されている。過去の司法活動によって、行為者に警告が与えられていたということが、不法と責任の観点からみて重要であることが示される場合にはじめて、これが支持しうる根拠付けとなるのである。しかし、前科が不法にとつて有している意味は明らかでない。結果不法は前科の有無によって変わるところはないし、行為不法は、行われた攻撃の特性によつて決まるものであるから、裁判所の過去の活動が、不法に対してどのような役割を演じるのかは明らかではないとする。

では、前科は行為者の責任を高めるのであろうか。もし、前科の法的根拠付けに成功するとすれば、この責任のレベルでのみ成功する可能性があるであらう。警告は、行為者に、規範遵守によつて犯罪行為の回避能力を高める

機能をもつというアプローチである。行為者は、不正と正との限界を具体的に経験したためであるとするのである。しかし、このようなアプローチも限定的に展開されるべきことが分かる。⁹⁹なぜならば、前科のある者ばかりではなく、ほかに同様の経験をした者も警告を受けていることを見落としてはならないからである。そのような者として考えられるのは、例えば、訴訟関与者、継続的に裁判を傍聴している者、これに関する学識経験者、日頃裁判所の判決録に興味をもっている者、裁判所の職員である。しかし、このような者にまで、有罪判決の警告が機能したとはいわないであろう。このことは、警告機能のテーゼが、感情的に正しく見える結論を確保していた人格責任の概念を否定したことから生じた処罰の間隙を埋め合わせるために出てきた一時しのぎの根拠付けであることを示すものである。したがって、行為者の前歴については、今後の再検討を必要とする。

また、ブルンスは、【設例21】のように、行為者の一定の過去の態度が行為者の法的敵対性の強さを特徴付けるといだが、このような態度が犯罪行為の不法・責任にどのように関連付けられるは未確定である。以上のような分析的な考慮からすでに明らかになったように、行為者の前歴・過去の行為は、きわめてわずかに量刑責任にとって有益となりうるのであって、実務で認めているほどの大きな意義はまったくもっていない。¹⁰⁰行為者の前歴・過去の行為が、犯罪行為の心情を表すといっても、犯罪行為の心情は犯罪行為の付随的状况から明らかとなるものである。行為の心情が行為の付随的状况から明らかとなる場合には、過去の行為を考慮することは不必要となる。行為者の前歴・過去の行為が限定的な意味をもちうるのは、せいぜい、個別行為の心情が付随的状况に基づいて容易に確認できるが、証明のためにこれらの事情が必要となる場合である。そして、この枠内で、良い行状は、行為の心情が不明確な場合でも行為者に有利な見方を基礎とするのであるから、考慮することができるが、逆に、卑しい態度、

前歴、不可罰の予備行為がこのような観点のもとで重要となることはない。⁽¹⁰⁾

以上が、行為者の前歴に関するフリシュの記述である。彼は、前科・前歴の警告機能に疑問を提示し、行為者の前歴については、これを、本来犯罪の付随的状況から明らかになるはずの犯罪行為の心情を確証し、これをもつぱら証明するために用いるべきであるとする。そして、行為の付随状況から犯罪行為の心情が明らかとならない場合には、行為者に有利な事情のみを考慮しようとする。

3 ブルンスは、この点についても基本的に判例を擁護しており、判例にとってこの問題は決着済みであって、それをフリシュの批判によって変化させることはほとんどできないであろうという。⁽¹¹⁾ 前科を（少なくとも責任刑の確定において）考慮すべきでないという異論は、シュトラーター・ヴェルトの著作以降も、実務上の影響力をもたなかった。事実審判官の考慮は、法理論的には低次元であるが、しかし批判者よりは説得的なレベルにおいて行われている。そのような状況において、判例の批判を繰り返すことは、その批判の感銘力を失わせることになる。再犯は、過去の処罰に効果がなかったことを明らかにし、行為の責任内容が反復的遂行によって高められるのであるから、前科を重視する立場も同じように「説得的に」主張できるといふ。ブルンスはさらに、量刑の「法化」を純粹に理論的な「学問化」にまで高めることが、かえって実用性から乖離することとなり、実務に向かつての影響力をなくしてしまうことにつながるとし、「実用性」を重んじる場合には学問的でなくなる虞があるが、法律の規定があるのだからそれに依存することができるというのである。

(77) ブルンスはこれを「重の徴表機能と呼んでゐる (Bruns, aaO. (Anm. 4), S. 562)。

(87) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 223 ; Günter Hirsch, Strafrechtbuch Leipziger Kommentar, 10. Auf., 1985, §46 Rdn. 79.
 (87) BGH, MDR 1954, 18 ; 1976, 13 ; VRS 23, 232 (いずれも結論的に刑罰の加重を肯定). ただし、判例が刑罰加重をしているとしても、責任刑の要素として考慮されているのか、行為者の法的敵対性・犯罪エネルギーの強さといった特別予防の必要性を判断する要素として考慮されているのか明らかでない場合も多い。これについては、vgl. Bruns, aaO. (Anm. 8), S. 57, それでも、学説は前科の警告機能に言及していることから、行為者の前科・前歴がすでに責任刑を規定するかどうか理論的関心を寄せていることは明らかであろう。

(88) BGH, 24, 198 ; KG, VRS 30, 200 (いずれも刑罰の加重を肯定).

(18) BGH, 25, 64 ; NJW 1981, 2422. Vgl. auch BGH, JR 1983, 28 (いずれも刑罰の加重を肯定).

(88) OLG Stuttgart, NJW 1961, 1491 (刑罰の加重を肯定). OLG Köln, NJW 1960, 449 (刑罰の加重を否定).

(88) BGH, 1, 51 (被告人が飲酒によって家族の経済状態を破壊してゐたという事情によって刑罰を加重).

(84) BGH, NJW 1966, 894, StrV 1983, 237 ; 1984, 71.

(85) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 219ff.

(89) Ebenda, S. 221.

(87) 日本でも、余罪と量刑の問題において、最高裁判所大法廷に二つの判例がある。昭和四一年七月一三日判決刑集二〇巻六号六〇九頁は、「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認知し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料とすることは許されないが、単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料としてこれを考慮することは、憲法第三十一条、第三十九条に違反しない」としており、昭和四二年七月五日判決刑集二二巻六号七四頁も同判決を受けたものである。つまり、余罪とされる事実のうち、起訴されていない犯罪事実を実質上処罰する趣旨でこれを量刑の資料とすること、単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料とすることを区分するのである。ドイツという徴表的構成とは、後者としての量刑事実の用い方であると考えてよからう。

(88) Bruns, aaO. (Anm. 6), S. 220f.

(88) Ebenda, S. 222ff.

(86) Ebenda, S. 225ff.

(91) Ebenda, S. 228f.

(92) ドイツ刑法典四八条の累犯規定は、一九八六年に削除された。これに対して、オーストリア刑法典三三条は、特別の加重事由として、「①同種または異種の数個の可罰的行為をなし、または可罰的行為をかなり長い間にわたって継続した場合」、「②同様の加害的習癖に基づく所為のために」、すでに有罪の言い渡しを受けたことがある場合」を規定する。

(93) Pallin, aaO. (Anm. 9), Rz. 20ff.

(94) Ebenda, Rz. 22.

(95) Ebenda, Rz. 43.

(96) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 771f.

(97) Ebenda, S. 772.

(98) Ebenda, Teil II, S. 773.

(99) Ebenda, S. 773f.

(100) Ebenda, S. 775.

(101) Ebenda, S. 776.

(102) Bruns, aaO. (Anm. 8), S. 57ff.

第二款 犯行後の事情

1 ここに含まれる事情は、訴訟中の行為者の態度ばかりでなく、広く犯罪行為後の事情一般を指す。⁽¹⁰³⁾ 例えば、損害の回復、被害者に対する謝罪および侮辱の撤回、犯行後の飲酒、手続の遅延、手続上の比較的軽微な違法などである。そのほかの事例として、以下のものを挙げておこう。

【設例23】行為者は犯罪事実を自白した。⁽¹⁰⁴⁾

【設例24】行為者は、犯罪事実を否認または黙秘した。⁽¹⁰⁵⁾

責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(二・完)

これらが、一見したところは、犯罪「行為」の責任には無関係であるようにも思える。しかし、例えば、行為者自身ではなく、第三者が損害を回復するために、被害者に金銭賠償を支払ったような事情は、⁽⁹⁸⁾予防的な考慮なのか、予防的な考慮だとすれば特別予防として考慮されるのか、一般予防として考慮されるのかは、実は自明のことではない。また、これらがそもそも行為責任を判断する資料にすらならないのが問題である。むしろ、ドイツの学説は、一定限度でこれらの事情を責任刑に関わる量刑事情として考えようとしている。

ブルンスがここでも用いようとしているのは、⁽⁹⁹⁾徴表的構成である。すなわち、行為者の前歴と同様に、犯罪行為を判断する資料として用いる場合には、これを量刑事情として認めようとする見解である。自由があつたことなどは単に捜査の負担を軽減するという政策的理由からではなく、それ以前に責任を軽減する事由として認めようとするのである。しかし、ブルンスは、この犯罪行為後の態度においては、無制限に徴表的構成を許すわけではなく、とくに訴訟中の態度は訴訟規則に従つて評価されるべきであり、行為者の防禦の自由を弱めるものであつてはならないとする。⁽¹⁰⁰⁾そこで、【設例23】の自由については、捜査の負担を軽くすることから軽減事由となるばかりでなく、責任の量を推論できる限りで軽減事由とする。しかし、法廷への出頭拒否（Einladung）は、行為者が彼の訴訟上の権利を利用したにすぎないのであるから⁽¹⁰¹⁾刑罰加重事由にはならないとする。また、【設例24】は、行為者の人格責任や危険性の程度への推論を許す「加重的黙秘（qualifizierte Leugnen）」である場合にのみ考慮するとする。⁽¹⁰²⁾被害者に対する損害回復については、損害の永続性がなく、被告人の悔悟を推論できるから軽減事由であり、行為者が犯罪行為後に飲酒したという事情は、行為者の法的敵対性を徴表するために、⁽¹⁰³⁾刑罰加重事由であるとする。

一方、パリンは、この点についてブルンスと同じ徴表的構成を用いるが、⁽¹⁰⁴⁾ブルンスとはかなり異なつた記述の仕

方をしている。パリンの場合には、犯行後の事情によって、行為遂行の際の有責性の量を推論するのではなく、現在の責任の量を問題とする。そこで、犯行後の態度に独自の意義を認める。例えば、司法を援助するという理由で訴訟中の態度が考慮される⁽¹³⁾、行為の客観的な重さを減少させ、一般的な要罰性を減少させるものとしての損害回復⁽¹⁴⁾、そして真実発見に寄与するものとしての自白【設例23】も考慮する⁽¹⁵⁾。しかし、パリンは、ブルンスと異なつて、加重的黙秘【設例24】、犯行後の飲酒、盗品の隠匿は刑罰加重的に考慮されないとして限定的な態度を採る。これらは、行為者が刑の軽減を放棄したにすぎないとする。加重的黙秘または盗品の隠匿は、それ自体が固有の犯罪とはならない限りは、違法性がなく、被告人にその態度を刑罰という別の方法で報いを加えることはできないとするのである。⁽¹⁶⁾

2 フリシュの見解は、ここでも犯行後の態度を考慮してよい理由を基本命題に遡って考える⁽¹⁷⁾。その点で、ブルンスとパリンが、繰り返し、犯行後の態度の重要性の根拠を問いなおしたり、犯行後の態度に関して特定の公式を作りだそうと努力していることは積極的に評価すべきであるとする。フリシュも同じく行為概念の拡大には反対であり、拡大されるのは、概念ではなく量刑事実であるとしている。また、ブルンスとパリンが、好ましからざる犯行後の態度を考慮することによって、被告人の防禦権を弱める危険を阻止しようとする取り組みにも賛成している。それでも、犯行後の態度を考慮する根拠に関する基本問題や個々の具体的帰結について、ブルンスとパリンの見解の間には、歴然とした相違があり、そのことが象徴的に示すように、この問題については、今日に至るまで、なお満足の行くようには、また一貫しては、解決されていないというのである。ここで、また、フリシュの批判的検討を概観してみることとする。以下は、彼の見解である。

まず、構成として問題がないのは、量刑事情としての犯行後の態度をもつばら特別予防に取り込むことである。特別予防の問題設定の枠内では、予後にとって重要なすべての要因を考慮できるのであるから、はじめから犯行後の態度も取り込まれるのである。⁽¹⁸⁾ただし、ここでの主要な問題は、理論的な位置づけの可能性一般にあるのではなく、「徴表的価値」をもつという理由から、不正確な取り込まれ方をしている諸要因が予後にとつてもつ重要性である。ここで、日常的理論(Alltagstheorie)⁽¹⁹⁾には警戒すべきである。いくらかでも実証された経験則が、再犯の観点、あるいは治療効果の可能性またはその限界という観点のもとで、特定の態度の重要性に関する言明を含む限りでのみ、特別予防の評価が許される。

犯行後の態度を行為責任刑に結び付けることははるかに困難である。アプローチとしてまったく適切にも、行為の不法と責任は犯罪の完成・終了をもつて確定するのであるから、出発点としては、これらの事情は「徴表的構成」以外に責任刑を構成する可能性はないであろう。しかし、いわゆる「徴表的構成」に対して、決定的に反対すべき論拠は、次の二点である。⁽²⁰⁾①行為者の心情は、行為時の付随事情によって解明できるのであるから、そのために犯行後の態度を考慮する必要はない。犯行後の態度が、偶然にも付随事情によって明らかにされる帰結と一致した正しい帰結に至ることもあるが、正しい帰結を歪曲する危険が少なからず存在する。②そもそも、犯行後の事情、すなわち行為後一カ月あるいは一年たつて行われる公判での印象が、行為時の行為者の心情を推論できるとするのは、まったくの幻想である。これは、事実審裁判官の経験・不足によるばかりでなく、徴表的構成が、犯行後の事情から行為時の心情へと内容的な変換を導き出すのに必要な命題が欠けていることに起因するのである。法律家は、依然として徴表的構成を維持しようとするが、それは経験科学からみれば不可解なことであろう。徴表的構成を放棄し、

現実的で規範的にも説得力のある犯行後の事情の重要性を説明する理論を考案する時期にきているのである。

以上のように述べて、フリシユは、従来、判例および通説が、犯行後の事情が責任刑にとって重要であるとする場合に用いてきた「徴表的構成」には疑問があるとして、これができる限り放棄することを提案する。

犯行後の事情に関する個々の量刑事実の取扱いについては、フリシユは以下の通りに述べる。⁽¹²⁾ 損害回復の量刑関連性は、徴表的構成を用いずとも、行為者がこの場合に、規範によって防止されている侵害を除去し、行為者自身が規範を承認し、そして規範の妥当力を承認したことを明らかにしているということから、規範の妥当性を回復する要求が減少していることが結論付けられるとする。真摯な悔悟については、刑罰軽減を要求するのであり、その根拠は、行為者の任意の意思に基づく給付を国家の強制処分に優先させている規定を見ても同じことがいえるとする。自由については、彼の責任刑の理解によれば、被告人が悔悟を示していることは、規範の承認を前提とし、そのことで規範の妥当性の侵害を少なくするのに役立つ。⁽¹³⁾ 他面では、黙秘または犯罪事実の否認を刑罰加重的に考慮することは考えられないということである。⁽¹⁴⁾ 黙秘または犯罪事実の否認の効果は、行為者は犯行を認めるための積極的寄与をする必要はないという被告人の権利を考慮して、軽減事由を放棄し、完全な形態の行為結果に責任を負うということだけである。加重的黙秘に対しても同様である。加重的黙秘（否認）と非加重的な黙秘とを説得的に区別することはできないばかりではなく、加重的黙秘を刑罰加重的事実としている判例は、量刑を通じて、刑法の最後の手段としての機能を崩壊させるという点で、法律が認めていない「司法保護構成要件」を手にいれたに等しい。また、犯行後の飲酒についてもこれを刑罰加重的量刑事実としないとする。

3 フリシユによる「徴表的構成」への批判について、ブルンスは「いくらかの真実はあるものの、そこから得

られる帰結をほとんど正当化することはできない⁽¹²⁵⁾とする。そこで、「徴表的構成」が経験的方法と経験的知識から本当に導き出すことができないか、仮にできないとした場合にそれに代わるものは何かが問題となるという。そして、行為責任に方向付けられた責任刑を放棄して、フリシュが「法的平和の動揺の回復」のテーゼを提示したことについて、ブルンスは次のように述べる。「その新しい提案は、何よりもくに憲法との照合においてかなりのこじつけがあるように思われる。法的平和の動揺という観点は曖昧で、輪郭がはっきりしない効果をもち、少なくともその具体的要件を充足させる場に現れるべき徴表的構成よりもすぐれたものではない⁽¹²⁶⁾」と。フリシュが提示する個々の結論にも、ブルンスはこれを認めることができないとし、判例の転換はほとんどありえないし、またその必要もないというのである。ここでもまた、ブルンスは広く判例の結論を支持し、判例が注意深く行為後の事情を考慮していることで十分だとするのである。

(103) ドイツ刑法典四六条二項は、これについて「行為後の行為者の態度、とくに損害を回復するための努力」を裁判官が考慮すべき事情として挙げているが、損害回復への努力のほか、これに何が含まれるのかは規定していない。他方、オーストリア刑法典三四条は、特別の減輕事由として、行為後の事情に関して、

「⁽¹⁴⁾ より重大な損害を加える機会があったにもかかわらず任意にこれを抑制した場合、又は損害が行為者又は行為者に代わる第三者によって賠償された場合

⑮ 惹起した損害を賠償し又はその他の不利益な結果を阻止するために真摯に努力した場合

⑯ 容易に逃走することができたにもかかわらず又は恐らく発見されずにすむ状態にあったにもかかわらず自ら自首した場合

⑰ 悔悛の情ある自白をなし又はその供述によって真実発見のために重要な寄与をなした場合

⑱ 所為をすでにかなり以前になしたものであり且つその後善行を保持した場合」

を定める。

- [illegible]

- (118) Ebenda, S. 779.
- (119) 日常的な感覚によつて量刑事実を判断し、従来行われてきたことを無反省に繰り返すという態度を指す。
- (120) Ebenda, S. 779f.
- (121) Ebenda, S. 780f.
- (122) Ebenda, S. 781.
- (123) Ebenda, S. 781f.
- (124) Bruns, aaO. (Anm. 8), S. 60.
- (125) Ebenda, S. 61.

第五章 責任刑の基礎

第一節 量刑論の「特殊性」の存在？

前章の量刑事実に関する問題状況の記述により、量刑の「法化」は、判例の体系化にとどまらず、いまだ理論的に未発達であるといえる量刑の領域へ、高度に理論的に発達した犯罪論の知見を直接に持ち込むとするのが妥当であるかどうかということが議論されているということ、そして、量刑に柔軟性を残そうとするブルンスの見解は、理論的見地から行われているフリシュの批判に対して、その理論面で反論するというよりもむしろ、ドイツ判例の量刑実務が穩健な現状にあるという評価を背景に、フリシュの懸念が不必要であるとするものや、今後の理論的解

明を待つとしたものなど、フリシュの理論的疑問に正面から答えるものとはなっていないように思われる。⁽¹²⁶⁾ 規範的観点からの量刑論にとっては、犯罪論の知見を借用して量刑事実の範囲を確定しようという試みにより説得力があるということになる。もちろん、ブルンスも規範の保護目的や結果的加重犯を応用するなど、一定限度で犯罪論の知見を持ち込んでいるし、またフリシュ自身の見解もいまだ明らかでない部分や理論の一貫性に疑問のある部分も残るが、それは、議論の共通の土壌さえ確立していない現在の量刑論の段階にあっては仕方のないことともいうことができる。ドイツの学説でも、例えば、犯罪の成否をもとに検討する犯罪論の段階と、犯罪の程度を検討して、それを刑量へと確定することを任務とする量刑の段階との異質性を強調する見解が多数であるが、例えば、量刑責任と犯罪論の責任の区別の実益、および両者の差異を明らかにする事には結局成功していない。⁽¹²⁷⁾ とくに、わが国の犯罪論は、処罰するほどの違法性をもたない犯罪をすでに犯罪論において不可罰と評価するという意味で違法の絶対的輕微性および相対的輕微性を問題とする可罰的違法性論を承認し、心理的責任論がもっぱら責任の有無のみを問題としていたのに対して、違法行為に対する非難を責任の基礎とし、そこから責任についてもその程度を論じ得ることを認める規範的責任論を承認するのが圧倒的な通説となっており、⁽¹²⁸⁾ 犯罪論の責任において可罰性の判断を取り入れる可罰的責任論がすでに以前から主張されている。⁽¹²⁹⁾ したがって、犯罪論の段階で、すでに可罰性判断を含む、不法・責任の「程度」を検討してきているのである。⁽¹³⁰⁾ そこから、少なくともわが国において、犯罪論が犯罪の成否を論じるものであり、量刑論は犯罪の程度を論じるとするドイツの文献でしばしば見られる説明を借用することはできないであろう。それにも関わらず、犯罪論と異なる量刑の「特殊性」が仮に存在すると主張する場合、その相違を論証することなく、ことさらに犯罪論における犯罪の「程度」と量刑論における犯罪の「程度」が分離

することを認めるのは、量刑事実の無制限の拡大を目指すもの、あるいはそのような意図はなくともそのような帰結を許容するものであろう。⁽¹²⁶⁾ なによりも、犯罪論と量刑論の分離を認める考え方は、犯罪論のさまざまな保障機能、とくに犯罪論の責任という意味での責任主義がおよばない虞があるという点で重大な欠陥を露呈する。⁽¹²⁷⁾ かりに責任主義が、犯罪論では犯罪論の「責任」に関わるもので、量刑段階においては「量刑責任」に関わるとしても、なぜこのような使い分けが許されるのか、場合に依りて広い裁量を確保するのに都合のよい責任概念を選択しているのではないかという疑念が残るのである。また、犯罪論の責任と量刑責任とは異ならないとする帰結は、犯罪論と刑事政策論の機能的統一性の観点からも認められるであろう。⁽¹²⁸⁾ 量刑責任も犯罪論の責任も少なくとも統一的視点のもとで捉えられるべきである。

(126) Vgl. Bruns, aaO. (Ann. 8), S. 73ff.

(127) Ebenda, S. 13f.

(128) 第三章（早稲田法学第六八巻二・四号一一二頁以下）を参照。

(129) 大谷實『刑法講義総論第三版』（平成三年）二四四頁以下、三〇七頁以下、団藤重光『刑法綱要総論第三版（付・追補）』（平成三年）一九三頁以下、二六三頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（昭和六一年）六四七頁以下、同『刑法講義総論（下）I』（平成三年）七六二頁以下、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）二二三頁以下、三二六頁以下など。

(130) 後述第五章第三節四五頁以下。

(131) 可罰的違法性の理論のドイツにおける評価として、H—L・ギュンター「可罰的不法の理論—西欧刑法の日本化の例?—」（まへがき 佐伯十例・訳 浅田和茂）犯罪と刑罰第六号（平成元年）一五一頁以下。

(132) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bard I, 1992, S.551f.

(132) 私見では、本文中のように、犯罪論で犯罪の成立がいったん認められれば、後の量刑段階であらゆる事情を勘案して刑量を決定することは、理論的正当性に欠けるものであって不当だと考えるが、犯罪論と刑罰論との分断を認める考え方の背後には、量刑段階での裁判官の裁量を広く認め、個別事例における柔軟な解決を保障しようとする考慮があると思われる。しかし、量刑の「特殊性」または「犯罪論との相違」を理由に、量刑論固有の考慮を要求する見解は、犯罪論で罪刑法定主義・責任主義などの保障のもとで獲得された帰結を棚上げにするという点においても、裁判官による柔軟な解決が被告人にとって不利に働く可能性があるという点においても、量刑の「特殊性」を主張する側に、その「特殊性」の内容を明らかにする举证責任があると思われる。それが不明確なままであれば、犯罪論の知見のうちの何を量刑論において維持し、そして排除すべきか、どの程度まで量刑論固有の考慮が許されるかなどの判断が不可能となろう。

(133) 岡上雅美「量刑判断の構造——序説」早稲田大学大学院法研論集第四八号（昭和六十三年）一〇七頁。

(134) Claus Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtlich Systemkategorien, Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Henkel 1974, S. 181ff（邦訳として、高橋則夫「刑法上の体系カテゴリーと」の『責任』と『答責性』）C・ロクシン著／宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』（昭和五九年）八七頁以下）；Frisch, aaO. (Anm. 1), Teil I, S. 385ff. 以下はまさに、刑事政策に無関係な犯罪論の意義が問い直されているのである。

第二節 量刑事情の範囲と犯罪論

そこで、前章で取り扱った量刑事情について、それを犯罪事実の客観的事情と主観的事情、および犯罪行為前後の事情とに区分して、その議論状況を振り返ると以下ようになる。

1 客観的量刑事情をめぐる議論でもっとも顕著なのは、犯罪論の客観的帰属論の応用であり、ブルンス、フリッシュ両者ともに、とくにいわゆる「規範の保護目的」を量刑事情の範囲を確定する原理として多用していることであろう。例えば、付随的結果の範囲を確定する場合である。ここでは、ブルンスもフリッシュも犯罪論から得られた

知見として、この「規範の保護目的」を用いているのであるが、客観的帰属原理として「規範の保護目的」が犯罪論で妥当でないということになれば、例えば相当因果関係の思考を量刑判断に持ち込むのが妥当だということになる⁽¹³⁵⁾。「共同に作用した責任」においても問われているのは、客観的帰属論であり、行為後の介入事情が存在した場合はある。まさに犯罪論の知見である「行為者がなるほど因果的に惹起したが、帰属可能には惹起しなかった結果は行為者に帰責できない」という原則は、そのまま量刑論に当てはめることができるのである。また、付随結果に対する主観的帰属も犯罪論での処理の仕方を容れる方向が示されていることが注目される⁽¹³⁶⁾。しかし、不可罰的事後行為を刑罰加重的に考慮すること、犯罪行為に付随して起こった構成要件外の結果を量刑において考慮することは、立法者が熟考の末、あえて不可罰にしていた行為を量刑段階において可罰化することになるのではないか（間接処罰の虞）という点はなお検討される必要がある。とくに、量刑に関する法規定をもたず、構成要件外であっても「有責な行為結果」を当然に考慮してよいか明らかでないわが国においては、いっそう検討の必要性が大きいように思われる。

2 主観的量刑事情については、これを道徳的で低俗な感情的評価の入り込む契機になることが懸念されている。主観的事情について、パリンおよびフリシュほどには嚴格に限定しようとはしていないブルンスも、道徳的で評価それ自体を認めるものではなく、彼の反論は、行為の動機、心情、行為に現れた意思を考慮している判例に行き過ぎは見られない以上、判例を規制するだけの意味がないとするものであった。フリシュの見解に関して注目されるのは、ある主観的要素が量刑に関連するか否かを判断する基準として、ふたたび「規範の保護目的」を援用することであろう。行為者が行為の決意によって違反した価値が、構成要件の規範の保護目的内にある場合に、この行為

決意を量刑において考慮しようというのである。ここでは、もはや規範の保護目的は客観的帰属原理として機能しているのではない。行為者の意思が反した価値が、単に道徳に違反するものでしかない場合には、もちろん「法的評価としてこの事情を考慮することは許されないであろう。しかし、これは主観的事情の考慮を制限する原理としてばかりでなく、規範の保護目的の一般についていえることでもあるが、構成要件の保護目的が法定構成要件の保護法益以外にどこまでの利益を保護するかという、その射程範囲の定め方如何によっては、主観的事情の範囲が無限定になる虞を含むものである。規範の保護目的の範囲を決定するにあたり、それは条文には明示されていないものであり、したがって構成要件上の法益以外の観点から決せられるのであるから、ふたたび道徳的思考が入り込む虞がないとはいえないであろう。ここでも、犯罪論においてすでに規範の保護目的を援用する必要がないとすれば、量刑段階では、犯罪論での故意・過失・違法性の意識以外の主観的事情をいっさい排除することになるのか、それとも別の主観的帰属原理が模索されるべきなのかが課題として残ることになるであろう。

3 以上の犯罪事実をめぐる客観的事情および主観的事情については、犯罪論の知見を応用することによって、まさに妥当な限界付けと、このような事実を考慮することの正当化への道が模索されており、個々の結論はともかくも、量刑の「特殊性」を前提としない方向性は妥当なものであると思われる。しかし、犯罪行為前後の事情は、犯罪論には直接関係しないために、これを「責任刑」に関する事情とするのであれば、その理論化がもっとも困難な領域である。

まず、犯罪行為前の事情について、「性格責任論」や「行状責任論」を基礎としない場合には、過去の行状は責任刑には含まれないとすることが出発点となる⁽¹³⁸⁾。それ自体が犯罪でない過去の行為の善悪を刑罰の量に反映させる

ことは妥当ではない（間接処罰の虞）。ドイツでも議論が盛んに行われているのは、前科をはじめとする、当該犯罪行為よりも前に存在していた別の犯罪行為、あるいは過去の処罰により、同種の行為をすれば処罰されるという警告が与えられていたこと、または、無罪判決や手続の打ち切りなど、司法活動との関わりがあったことについてである。これに関しては、犯罪論の知見以外に、「無罪の推定」や「一事不再理」といった手続上の保障原則を有名無実にしなための特別の考慮が必要である。この意味で、考慮するとすればその可能性のある事情は、もっぱら当該犯罪に関する前科に限られることになろう。しかし、「前科」も、これを責任刑に組み込む理論構成がドイツにおいてもいまだ成功しているようには思われない。「前科」を特別予防の観点から考慮する余地は認めても、「責任刑」に関連する事情としては取り入れない方が妥当であろう。

次に、犯罪行為後の事情については、これを損害賠償や謝罪などの「被害者との和解」に関する事情、捜査・公判段階などの手続に係る事情、および当該犯罪の処理とは無関係のその他の事情のそれぞれについて検討することにしよう。ここでも犯罪論の知見を用いて、犯罪の不法と責任（とくに規範的責任）は犯罪の終了を以て確定するという命題を用いることができる。これによれば、犯罪行為後の態度が別個の犯罪を構成しない限りは、そして、逆に良い態度であっても、特別予防の観点でこれらを考慮する可能性は別として、これを「責任刑」の構成要素とすることはできないことになる。また、「法廷侮辱罪」などの「司法を尊重しない罪」を独立の犯罪としていない以上、法廷での不快な態度を刑罰加重的事情とすることはできないであろう。これを認めれば、法律に可罰性の根拠をまったくもない事情をもとに、間接的に刑罰を科することになろう。さらに、手続中の事情のうち、例えば、自白の有無や捜査に協力したか否かなどの事情は、憲法上保障されている被告人の防禦権に関わるものだけ

に、刑罰の上限を確定する「責任刑」とは無関係にしておくべきであるし、たとえ責任の上限を下回る範囲であっても刑罰加重的方向に考慮することにはできる限り慎重であるべきである。進んで自白をしたり、捜査に協力した被告人に刑罰軽減を認めないのが酷にすぎるとすれば、これらの事情を「責任刑」を下回った範囲内で、特別予防の観点から考慮する可能性を残すことはできるであろう。

しかし、損害賠償を支払ったこと、および被害者に謝罪したことといった「被害者との和解」に関わる事情、ならびに、手続中の事情のうち、国家の瑕疵にあたる事情、例えば、手続を打ち切るほどではないが異常に手続が遅延したという事情や、同じく免訴を言渡す程ではない手続上の軽微な違法性があつたという事情については、被告人に有利な方向に働くものであり、量刑上も考慮すべきである。⁽¹⁴⁾ それでは、これらは「責任刑」に関連する事情として考慮されるべきであろうか、それとも予防に関連する事情として考慮されるべきであろうか。

まず、消極的一般予防については、「責任刑」と無関係の一般予防の必要性を判断する資料についてはおよそ明らかでないのであるから、これを「責任刑」とは独立に量刑上考慮してよいかについて、根源的な疑問がある。⁽¹⁵⁾ 次に、これらの事実を特別予防の必要性を判断する資料として用いることができるかについては、例えば、行為者が被害者に対して損害賠償を支払う努力をしていたというような事情は、行為者の改善の必要性が低いことを推論させるものとして重要であろう。特別予防の内容を、とくに行為者の改善・教育・再社会化、行為者を刑務所に収容することによる社会からの隔離、行為者の威嚇または刑罰感銘性など種々の側面にわけて考えることができるが、とくに「責任刑」と異なつた刑量を必要とするのは、「再社会化」の必要性や「刑罰感銘性」であろう。しかし、これらの量刑事情が、特別予防の必要性を判断する枠組みの中で用いられる可能性は認められても、これらの量刑事情す

べ、が特別予防の必要性を判断する枠組みに、ね、組み込むことができるかということについてはこれを否定せざるを得ない場合が存在することも確かである。例えば、現に支払われた損害賠償についてであっても、本人の預かり知らぬうちに第三者によつてそれが支払われ、被害者との間に示談が成立していたような場合がそれである。わが国の実務はすでにこのような事情を重視してきており、また、結論的に、このような事情を無視して行為者に刑罰軽減を認めないことは妥当でないために、必要的に考慮するべきだと考えられるが、⁽¹²⁾このような事情が行為者の危険性を減少させているとは考え難いであろう。また、手続の遅延や手続の軽微な違法性も多くは行為者の態度と無関係に生じたものであり、ここから行為者に対する特別予防の必要性の減少を導き出すのは困難であろう。したがつて、これらの事情を組み込む可能性として最後に残るのは、「責任刑」である。しかし、責任刑を「個別行為責任（規範的責任）」として完結的なものであると理解する限りは、これらの事情が犯罪行為の完成より後に起こっている以上、厳格な意味での「個別行為責任（規範的責任）」に影響するということは認めることができない。

それでも、これらの事情がある場合には、国家刑罰権発動の限界、すなわち刑罰の上限が低められるとするのが、結論的には妥当であると思われる。では、次節において、これらの事情を「責任刑」に組み込む可能性を考察してみることしよう。

(135) ただし、犯罪論の相当因果関係とは、実行行為と構成要件の結果との間に必要とされる判断、つまり、一定の構成要件的结果の帰属の問題である（曾根威彦『刑法総論「新版」』（平成五年）七五頁）のに対し、ここである帰属原理とは、一定の実行行為を出発点としてどこまでの結果を帰属できるかの問題であつて、ここに観点の相違があることを指摘しておく。

(136) これらの認識の要否と錯誤の問題については、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(二)」法学研究第五五卷一一号(昭和五七年)三五頁以下参照。

(137) Bruns, aaO. (Ann. 6), S. 145; Pallin, aaO. (Ann. 9), Rz. 12, 16, 27.

(138) 第三章第二節(早稲田法学第六八卷三・四号一七頁以下)を参照。

(139) 本稿では、ドイツ刑法で用いられているような「損害回復(Wiedergutmachung)」を、被害者への現状回復や謝罪などを含む広い概念として用いることとし(高橋則夫「刑法における損害回復論——刑法理論的・解釈論的アプローチ——」刑法雑誌第三二巻三号(平成四年)三四八頁参照)、金銭賠償などによる現状回復を「損害賠償」と呼ぶことにする。

(140) 例えば、時効制度を正当化する根拠として、時の経過によって応報感情・非難が衰退すること、同じく立証が困難となることがいわれている(西原春夫「刑法総論」(昭和五二年)四八七頁)が、とくに前者の理由については、完全であった応報感情が時効の完成を境にまったくの無となるわけではないであろう。とくに訴追側の瑕疵によって手続が長期化した場合にとくに、国民の側に厳しい処罰を求める傾向はなくなつてゆくのではないだろうか。

(141) 岡上雅美「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について(五)」警察研究第六三巻三号(平成四年)四四頁。Frisch, aaO. (Ann. 1), Teil I, S. 370f.

(142) これについて、詳細は後述第五章第三節6五七頁以下。

第三節 「責任刑」と可罰性

1 「個別行為責任(規範的責任)」が完成した後に生じたこれらの事情を「責任刑」に組み込むことができるかどうかを考察するためには、量刑において「責任刑」が要請される意味に還つて考える必要があるであろう。

例えば、ノヴァコフスキー⁽¹⁴³⁾は、刑の量定の基礎は行為者の責任であるとするが、責任に尽きるものでもなく、量刑には責任と「社会心理上重要な事実」とを考慮するべきだとする。しかし、もともとなぜ、責任を基礎とすべき

かについての説明には、「一般人」と「行為者」とに対して社会に現存する価値秩序を教化するという説明がなされている。すなわち、責任に応じた刑が一般人および行為者にとって社会心理上正しいと感じられるから、それが必要とされるということであって、実質的には、「社会心理上重要な事実」の中へ責任が包摂されることになろう。しかし、この説が「社会心理上重要な事実」を存在 (Sein) の問題、つまり社会に「現実存在している」処罰感情を問題にしているのであれば、妥当ではないであらう。社会に現存する心理状態には、法的に見れば、不合理な点が少なからずあろうし、⁽¹⁴⁾ 刑罰が感情に迎合しようとするのであれば、むしろ量刑論の学問的展開に逆行する面があるからである。

やはり、責任刑が要求される根拠は、「法的に」または「規範的に」根拠付けられる必要があらう。一般に法的非難が犯罪行為それ自体に向けられることは間違いない。しかし、問題なのは個別行為責任の考え方が、形而上学的な国家応報あるいは贖罪の見地としか結びつかないのかどうかということである。責任と刑罰をめぐる旧派と新派の争いで、⁽¹⁵⁾（前期および後期）旧派の共通の論拠となったのは、確かに、形而上学的な応報思想、科刑の原理としての同害報復、そして客観主義との結びつきが、処罰の無制限の拡大を阻止するということであつた。⁽¹⁶⁾ しかし、現在の理論状況においては、これらの結びつきは必然的なものとはなっていない。形而上学的な国家応報や贖罪は国家の任務を超えるものであるのだから、少なくともそれだけでは刑法の正当化根拠にはなりえない。そして、何よりも、形而上学的な国家応報や贖罪は、刑罰が自己目的化するために、一定の予防目的を考慮する余地が閉ざされることが問題である。⁽¹⁷⁾ 一方、それでも予防目的を考慮に取り込むことが、ただちに責任刑の否定につながるわけでもなからう。⁽¹⁸⁾ そうだとすれば、これらをも視野に組み込んだ「責任刑」を可能にするのは、形而上学的な国家応報

や贖罪以外の観点だということになる。

2 ここで注目されるのは、責任刑を積極的意味での一般予防の観点から構成することである。⁽⁸⁰⁾ 例えば、フリシユは一見大胆な表現で、最終的に「もっぱら行為責任の量に導かれた責任刑の構想を放棄する」ことを主張する。⁽⁸¹⁾ もちろん、彼の見解によっても、量刑の出発点となるのは「行為責任」であることには変わりがない。⁽⁸²⁾ しかし、最終的な「責任刑」は、従来用いられてきた意味での「行為責任」にのみ方向付けられるわけではない。フリシユは、責任刑の正当化に新たなアプローチを提示する。すなわち、「行為によって実現された法的平和の動揺 (Rechtsfriedensstörung)」を処理することが問題であるとする。⁽⁸³⁾ したがって、フリシユは、量刑責任を決定するのは、法違反の非難可能性の量ではなく、法的平和の動揺の程度を決定する要因であるという。フリシユは、「責任刑」が量刑上重要であることの実質的な説明として、「合理的で憲法の基本的価値に拘束された共同体にとって問題となるのは、行為に存在する法違反とそのような法違反によって惹起された法的平和の動揺、すなわち規範の妥当性の崩壊と闘うことであり、その侵害に責任ある者を追求することによって規範の受けた妥当力の侵害を、ある程度取り除くことである」⁽⁸⁴⁾という。

フリシユは、この点について、さらに以下のように説明する。この責任刑の確定にとって、たしかに第一次的な方向付けとなるのは、行為者に責任を負わせることのできる不法の量である。規範の妥当性の侵害の量に応じた反作用が期待される。同時に、この量は、許容される処罰の反作用の量も限界付ける。この規範の妥当性の侵害を除去するという要求は、固定的な量ではなく、「刑罰を相対的に軽減する」という意味で変化するものである。これに対する明らかな証拠の一つは、時間的要因を考慮している時効の規定である。いま一つの例は、行為者自身が被っ

た一定の侵害が補足的に重要性をもつという規定である。しかし、刑罰に服するということ、付加された義務を果たすことなどによって「行為者は社会に対して責任を果たすことができる」という事情もまた、刑罰を必要とし、刑罰を正当化する要求が、行為の後にもなお影響を受けることを示している。つまり、犯行後の態度の判断にとって決定的な背景として、行為者に責任を負担させる答責的な不法に応じて規範の妥当性が明らかに回復することへの要求が、犯行後の態度によって影響されているかどうか、そしてその程度はどのくらいかということがつねに重要である⁽¹⁵⁾のである。

この「責任刑」の実質原理としての「法的平和の動揺の回復」という観点については、確かにブルンスがいうように、現段階では、曖昧で、輪郭がはっきりしないことは否定できない⁽¹⁶⁾。これは、相当程度に抽象的な概念であり、この新しい概念によって、従来の判例・学説とどの程度異なった帰結が導かれるのが、今後問われなければならないであろう。しかし、より実質的に「責任刑」を規定しようとするアプローチの仕方は基本的には正しい方向にあるように思われる。さらに発展させるべきなのは、「法的平和の動揺の回復」を、量刑事実の直接の判断基準とするのではなく、実際に機能し得る下位命題を豊富にすることである。例えば、上述した「行為者の社会的身分」のどれが責任刑に関連するかという問題でふり分けの基準となるのは、直接に「法的平和の動揺」を回復するにどの程度の刑罰が必要かということではない。やはり、より下位の基準として、「行為と職業の間の内的関連」か、「法益の保護がその行為者の保証人的地位に依存する程度」などの基準が模索されなければならないのである⁽¹⁷⁾。また、「法的平和の動揺の回復」という観点は、あくまでも「規範的な」ものである。したがって、たとえ、事実上、社会の一般人が「法的平和の動揺」を強く感じる場合、例えば行為者が自らの罪を認めず、自白をしなかったとい

う事情があり、そのため社会の一般人がいつそう「法的平和」が動揺している感じを受けたとしても、下位基準である「被疑者の防禦権を完全に保障すべきである」という命題が優先する。なぜならば、「法的平和の動揺」を回復するのが必要な理由は、国家の刑事司法が犯罪を「正しい」と感じられる方法で処理することによって、一般人が司法に対する信頼を維持し、社会を効率的に統制することであり、ひいては犯罪を予防することにつながるからである。したがって、防禦権などの法治国家の要請を十分に尊重することが、まさに一般人の「司法に対する信頼」のために必要となるからである。「法的平和の動揺の回復」や「司法に対する信頼」といった観点は、数々の憲法原理や刑法上の人権保障原理を十分に顧慮した下位基準を遵守することによってはじめて実現することができると考へるべきである。

このような下位基準を豊富にすることが量刑法の課題といえることができるが、この下位基準を包摂できる上位概念としては、通説のいう「非難可能性」または「有責な不法」というのは余りに無内容である。⁽¹⁹⁾

3 以上の点について、明らかにしておかなければならない点は、これらの「法的平和の動揺の回復」や「司法に対する信頼」という観点は、量刑段階ではじめて現れる観点なのか否かという点である。もし、これらの観点が量刑段階に固有のものであるということになれば、「非難可能性」である犯罪論の「責任」と、これらの観点に指導される「量刑責任」とを分断することにはやはり理由があるということになる。しかし、「非難可能性」という要因も、それ自体が一つの完結した目的として必要なわけではない。「法的平和の動揺」は「非難可能」な行為によってのみ実現されるものであって、例えば、非難されえない者が法益を侵害したからといって「法的平和」は動揺することはないのであるから、「非難可能性」も、「法的平和の動揺の回復」または「司法に対する信頼」の有無および

程度を判断する際の前提条件として理解することができるであろう。⁽¹⁵⁸⁾ 規範的責任とは無関係の犯行後に生じた事情、例えば、被害者への損害回復や国家側の訴追上の瑕疵が影響し得るのは、責任刑を必要とする実質的理由からみて、責任を「問う」必要がなくなったから、または「問う」ことができなくなったからである。このような事情がある場合には、国家が刑罰を科すことの許される上限が低められると考えることができよう。このような規範的責任の後に、「責任」の量を変化させると考えられてきたのは、従来いわれてきたところの「可罰性」の概念なのである。

4 「可罰的責任」といった場合の「可罰性」とは何を指すかについては、従来から様々に説明されてきたが、必ずしも明らかではなかったように思われる。

例えば、内藤教授によれば、可罰性とは、「処罰に値する『責任』であるかどうかを処罰を限定する方向に向かつて問題とする」⁽¹⁵⁹⁾ものであるとされるが、何が処罰に値するか判断にあたっては、国家の任務・機能、国家刑罰権の根拠と限界、法益概念の内容如何によるとされるのである。

また、佐伯博士は、責任も、可罰的違法と同様に、それが刑事責任となるために、可罰的責任として特殊化することを要するとされ、それは「行為者が単に法規範の命令・禁止を理解しそれに従って行為できたにもかかわらずそのように行為しなかったということだけでなく、さらにそれ以上に、そのような行為者の非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰をうけるに適するような性質のものであること」⁽¹⁶⁰⁾とされている。確かに、可罰的違法性と同様に、可罰的責任にも、量的な意味での可罰的責任と、質的な意味での可罰的責任があるということについては、これを認めることができるであろう。しかし、より具体的に質的な意味での可罰性を判断する基準として、刑罰目的を挙げられているが、これは一般予防・特別予防双方を指すと考えられる。そ

うだとすれば、一般予防上必要な刑罰が特別予防の観点からみて有害な場合など、予防目的間の調整の仕方によって可罰的責任刑の内容が異なってくる可能性⁽¹⁶⁾がある。

さらに、大谷教授は次のようにいわれる。「責任の判断においては、非難可能性の存否から責任の有無を判断し、次に、当該の責任が法益保護ないし社会秩序の維持にとって刑法上放置しえない程度の責任を有するものかどうかを基準に可罰的責任を判断すべきである。可罰的責任は、このように刑法上放置しえないものかどうかという実質的考慮を含むものであるから、裁判時に明らかになった全資料を基礎に事後的に判断すべきである。」⁽¹⁷⁾ここでは、可罰性判断の基準が、「法益保護ないし社会秩序」に求められている点と、可罰性の判断時点が事後判断であるとされることが非常に示唆的である。

5 「責任刑」の根拠を問い、これを個別行為責任から離れて実質化することは、犯罪論の「責任」をも「可罰性」判断によって実質化することにつながる。ここでも、犯罪論と量刑論を異なった視点で捉える必要は存在しない。これらの「法的平和の動搖の回復」や「司法に対する信頼」の観点は、責任の質的「可罰性」の内容を深化させるのに役立つことになろう。ここでの可罰的責任とは、あくまで「行為」に対する検討なのである。

さらに、私見のように「(可罰的)責任刑」を、いわば社会統制あるいは一般予防によって根拠付けようとする場合に向けられる批判は、刑罰の量がこれらの視点を取り入れることによって無制限に拡大するのではないかということであろう。しかし、この「(可罰的)責任刑」の構想は、現存する社会的非難に対して(この点で、違法行為に対する非難可能性の存在が前提となる)、どの程度まで、刑罰で対応すべきかを問題とすることになるため、個別行為責任(規範的責任)の程度を超えることはありえない。このような理由から、予防的考慮すなわち社会統制の

観点が責任非難を下回る方向でのみ考慮されることになる。最終的には、可罰性判断を経た「可罰的責任」が「（可罰的）責任刑」の量を決定することになる。また、「法的平和の動揺の回復」あるいは「司法に対する信頼」のための下位基準である「責任主義」の刑罰限定機能は、これをつねに堅持することが必要となるために、この意味での「責任刑」を超えることは、「司法に対する信頼」を逆に損なうものであつて、むしろ積極的一般予防の見地から許されないものとすべきであらう。⁽¹⁶⁾

この意味での「（可罰的）責任刑」は、もっぱら行為とそれに対する評価によって決せられるものであり、「行為」の観点からは、「責任刑」は刑罰を限定するばかりでなく、刑罰を要求することになる。しかし、社会統制の観点からは、「法的平和の動揺の回復」あるいは「司法に対する信頼」のために最低限の刑罰を科すことが政策としては望ましいことになる。ここに、行為者の危険性あるいは特別予防の観点が現れる契機がある。行為者の危険性は、それだけで具体的に刑量を決定するには我々の知見はあまりにも乏しい。しかし、特定量の「（可罰的）責任刑」を科すことが被告人自身に有害か否かを判断する余地は、やはり残しておくべきであらう。一般人も、たとえ刑罰が行為「責任刑」より軽くとも、（可罰的）行為責任以外の行為者関係の事情を勘案したとき、その責任刑よりも軽い刑罰が行為者の再社会化のために適切な刑事政策であると感じられることがある。この限度で、「責任刑」の要求が、行為者の再社会化要求のために後退する可能性が残される。⁽¹⁶⁾「責任刑」の要求を絶対的なものとは解し得ない。いくら特別予防に関する我々の知見が乏しくとも、皆無とはいえないのであるから、もっぱら刑法解釈学の観点を基礎として、犯罪学の一定の知見を生かす余地をあらかじめ排除してしまうのは妥当でない。⁽¹⁶⁾犯罪学の一定の知見とは、例えば、行為者の再社会化のために刑罰は必ずしも有益ではなく、できるだけ自由刑を回避する、あるいは短期に

すべきであるということである。このような考慮が「責任刑」を修正し、最終的な刑罰を決定することになる。こ
こでも、「責任主義」の刑罰限定機能から、あるいは再社会化に長期の刑罰が必要ではなく、また行為者にとって刑
罰が不当にも行為責任を超えていると思われることが改善を妨げるということから、「責任刑」を超えることは許さ
れないと解すべきである。

6 以上のような理解において、「被害者との和解」と「手続上の国家の瑕疵」に関わる事情が刑罰の上限を低め
る事情として考慮されるべき理由は、次のとおりである。まず、「被害者との和解」に関する事情は、当事者間で、
完全な、またはある程度の解決をみている事件について国家が厳罰をもって積極的に介入する必要性が欠ける、ま
たは低減するという理由から、当該事件の「紛争性」を解消もしくは軽減する事情として、重い刑罰を排除するよ
うに働くことになる。⁽¹⁸⁾ つぎに、「手続上の国家の瑕疵」に関する事情は、⁽¹⁹⁾ 刑罰という事象が形而上学的な正義を問題
とするのではなく、国家と行為者（被告人）との緊張関係のもとに存在するものであることに注目すれば、国家の
側が自らの瑕疵に目をつぶって、行為者の過ちを厳しく追求するのはいかにも妥当性を欠くように思われる。やは
り、これらの事情は予防的考慮の以前に、刑罰の上限を確定するにあたって考慮されるべき事情として性格づけら
べきである。⁽²⁰⁾ 仮にこれらの事情が行為者の危険性の判断資料になるとするならば、他の事情が行為者の危険性を完
全に肯定する場合、それらの事情をも総合的に考慮することとなるため、結局は、刑罰が個別行為責任の上限に近
づく可能性が残ることになる。「被害者との和解」や「手続上の国家の瑕疵」に関する事情を、行為者の危険性の判
断資料とした場合、これらに対しては行為者の危険性に関する他の事情と同等の価値しか与えることができない。
したがって、他の事情が積極的に行為者の危険性を推論させる場合には、これらの犯行後の事情がもつ刑罰軽減的

意味が無視される虞や、それが十分に評価されない虞がある。しかし、「被害者との和解」に関する事情が示す「紛争性」の減少と、「手続上の国家の瑕疵」に関する「行為者の罪を問う側の適格性」の不十分さは、それ自体で必要に刑罰を軽減するものと評価されなければならないのである。したがって、刑罰の上限を画する「(可罰的)責任刑」に関する事情としてこれを組み込む方途を検討すべきであろう。「紛争性」の減少、および「行為者の罪を問う側の適格性」の不十分さが存在する場合には、犯罪行為それ自体に関する「個別行為責任」よりも低い上限が「(可罰的)責任刑」となる。この場合には、たとえ犯罪行為それ自体に関する「個別行為責任」の量の枠内であっても、これらの事情を考慮にいった「(可罰的)責任刑」の上限を超えて刑罰を科することは許されないと解すべきであろう。

(143) Friedrich Nowakowski, Probleme der Strafzumessung, in: Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik. Ausgewählte Abhandlungen, 1981, S. 199ff. なお、本論文はオーストリア刑法典を基礎とするものである。本論文の初出は「Strafrechtlich Probleme der Gegenwart, Bd 2, Strafrechtliches Seminar der Richtervereinigung Offenstein 1974 (Hrsg. vom Bundesministerium für Justiz, Wien o.J), S. 167ff 以下」。

(144) 社会に現実存在する(あるいは作り出された)実在としての責任について、ミニシンポジウム・法社会学のフロンティア(II)「第三部 責任と刑罰の法社会学」法社会学第四五号(平成五年)一四四頁以下所収の各論文、および特集「犯罪・非行理解の現代的視点」犯罪社会学会研究第一五号(平成二年)四頁以下所収の各論文を参照。

(145) 内藤謙「刑法学説史(一) 外国」中山研一／西原春夫／藤木英雄／宮澤浩一『現代刑法講座第一巻刑法の基礎理論』(昭和五二年)一二四頁以下、参照。

(146) Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JS, 1966, S. 378f. (邦訳として、井田良「国家の刑罰の意義と限界」ロク

シン著／宮澤浩「監訳・前掲書注」(133)七頁以下。

(147) とくに損害回復と刑罰目的との関連については、高橋則夫・前掲注(139)三四九頁を参照。もともと、ここで指摘されているように、「単に罪刑の均衡を意図するにすぎない応報刑論、あるいは、自己の内的な純化プロセスを問題とする贖罪論」が損害回復と調和する可能性はあるかもしれない。なぜならば、「単に罪刑の均衡を意図するにすぎない応報刑論」は、損害回復によってその刑の一部に服したと考え、国家による刑罰を減少させることもできるからである。ただし、このような応報刑論は、罪刑が均衡してさえいれば刑罰を正当化するわけではないから、応報以外の正当化を求める必要がある点で、絶対的応報刑論ではありえないであろう。また、自己の内的な純化プロセスを問題とする贖罪刑論が、刑罰を経ない贖罪ということであれば、逆に責任刑を科すことが原則とはならなくなるために、ここでも刑罰の正当化に別原理をもちださなければならないであろう。本文中で用いた「贖罪」とは、国家による刑罰に服するということを一種の「みそぎ」として捉え、責任刑に服したことを「贖罪」と同視する考え方のことである。

(148) 責任と一般予防論との親和性は従前から指摘されていた。例えば、責任に応じた正しい刑罰が一般予防目的を果たすとする見解がこれである。わが国では、中野次雄『刑法総論概要第一版』(昭和六三年)四頁は、一般予防の内容を社会の一般人に対する威嚇ないしは規範意識の強化による犯罪防止の手段とし、五頁注(1)で、規範意識の強化の背後に応報の原理が自覚されていることを述べる。

(149) もちろんこの一般予防の観点からしても、刑罰が犯罪に対する反作用であるという意味での「応報」は認めることになる。

(150) Frisch, aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 780.

(151) Ders., aaO. (Anm. 1), Teil II, S. 379.

(152) Ebenda, S. 387.

(153) Ders., aaO. (Anm. 7), Teil II, S. 780f.

(154) Ebenda, S. 781.

(155) Bruns, aaO. (Anm. 8), S. 21ff.

(156) この下位基準の定立において、刑罰を加重する方向での量刑事情に対する故意・過失などの主観的帰属を要求するといった犯罪論の知見が役立たなければならず、また、訴訟上の被告人の権利を最大限に尊重しなければならないことになる。このような下

責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(二・完)

位基準に法的説得性または法的合理性があるということが、結局は国民の司法機関への信頼を通じての規範意識の強化につながるからである。

(157) 前田雅英『刑法の基礎総論』（平成五年）二七頁以下、とくに二八頁、林美月子・前掲注（65）一六四頁も、抽象的な応報概念から、具体的刑量を導くことは不可能だとする。

(158) この点で、浅田和茂『刑事責任能力の研究 上巻』（昭和五八年）三三頁が、「体系的概念としての可罰性は、やはり規範性に支えられ更にそれを内含するものとして、実質的かつ現実的に構成」するとされるのは基本的に妥当であろう。

(159) 内藤謙・前掲（下）注（129）七四三頁（同旨、七六三頁）。

(160) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）二二二頁。

(161) なお、佐伯説による可罰的責任論は、目的の考慮が、責任に比例する程度以上に刑期の延長を要求する場合があることを認める（前掲書・八一、一二三四頁）。この場合の「目的」とは威嚇予防と特別予防のどちらが念頭におかれているのかは明らかでないが、そもそも可罰性が責任刑を上回ってよい理由が問題となろう。中山研一・前掲書注（129）をも参照。

(162) 大谷實・前掲書注（129）三一五頁。

(163) これに対して、量的な意味での可罰的責任、すなわち行為者の責任が刑罰を科す程には重大でない場合に可罰的責任がないとする理論構成は、異論なく認められよう。

(164) 岡上雅美・前掲注（141）四四頁。

(165) 岡上雅美・前掲注（141）四五、四六頁。また、伊東研祐「いわゆる責任論の近時の展開動向と犯罪論体系に関する一考察」・莊子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』（平成三年）八四、八五頁が「特別予防的観点から見た或る個別具体的行為者の処罰の必要性・社会システムの意義」として、社会システムの中での特別予防を刑罰の目的とされているのは、私見と同趣旨に理解することができよう。ただし、伊東教授によれば、これに責任という呼称を用いるかどうかは別の問題だとされているが、私見の用語法によれば、可罰的行為責任とは別の量刑要因だということになる。

(166) Bruns, aaO. (Ann. 8), S. 28.

(167) 損害回復の存在を可罰性に関連させることを示唆するものとして、すでに、高橋則夫・前掲注（139）三六四頁注（50）。

(168) もちろん、通常は手続上の瑕疵があった場合には、免訴手続や証拠排除などの措置がとられるべきことになる。しかし、極軽

微な手続上の違法は、刑罰を軽減する方向での量刑の問題となろう。最近では、浦和地裁平成三年九月二六日判決判例時報第一四一〇号一二一頁は、採用手続に先立つ保護手続に違法はあるが重大な違法ではなく、手続上の違法を量刑上被告人に有利に考慮した。もちろん、本件の手続上の違法が重大であるかの評価、および本件の尿鑑定書の証拠能力の有無は別問題であり、ここでは手続違法が軽微であることを前提としている。

(169) ブルンスは、すでに述べたように「法的平和の動搖の回復」という観点に批判的であり、量刑責任を「有責な不法」と概念づける(第三章第一節(早稻田法学第六八卷三・四号一二頁以下)を参照)が、あまりに長期に渡った手続といった刑罰軽減事情が責任刑の上限を低めることを認め、これを「責任とは独立しているが、責任刑にとって重要な事情(schuldunabhängigen, aber schuldstrafelevanten Umstände)」と呼ぶ(Bruns, aaO. (Ann. 8) S. 44f.)。彼は、このような構成を認める理由として、体系美学のみならず、正しい責任枠の指定が重要なのであって、適切で、広すぎず狭すぎることもない量刑の基礎を限界付けることが必要だとしている。それでも、このような責任枠が「正しい」かどうかは、責任刑をもつばら責任——贖罪原理と結び付けている彼の立場からは判断できないであらう。

第六章 結びにかえて

1 これまで述べてきた試論は、犯罪論の知見をなお理論化の未発達な量刑論に応用していくことを大きな前提としている。したがって、今後、量刑の「法化」が進み、犯罪論とは異なった量刑の特殊性が説得的に展開されることになれば、それが明らかになった限度で量刑法を修正していくことは可能であろう。現段階で主張し得ることは、その量刑の特殊性が明らかでない現段階では、高度に理論的に発達した犯罪論の知見を生かす、少なくとも無にすることのない理論構成を目指すべきだということである。とくに責任刑を媒介としない消極的一般予防効果や

行為者の危険性の判断に関する研究が進めば、また異なった量刑論の在り方を考えなければならぬであろう。

ここでたびたび引用したフリシュの主な批判点は、判例が行っている量刑決定については、その理論的確實性が不十分であることであつた。これに対するブルンスの反論は、犯罪論と量刑論を区別する考え方に基づくものであり、判例の集積から一般命題を導き出すという彼の研究方法を反映するものであつた。ブルンスの功績は、もちろん高く評価すべきものではあるが、その方法論を前提とする限り、判例の用いる一般命題から逸脱した判例に対する批判的検討は可能であるが、そもそも判例の一般命題が正しいか否かは明らかにはならないのである。この点に着眼し、判例から一方的に学ぶばかりでなく、逆に判例の見解やその帰結の理論的正当性を問題にするのが、近時の解釈学からの量刑論の展開であるといつてよいであろう。さらに検討すべきなのは、解釈学からの提言が実際に判例が積み重ねてきた命題の結論をどの程度変更するものであるか、そして、その提言から得られる帰結が具体的に妥当かどうかである。その検討の領域は、ここでは論点の紹介に留まつた量刑事実の客観的範囲の問題である。量刑事実の客観的範囲の具体的な解決については、今後の研究対象としたい。

2 さらに、法的観点からの合理性によつて量刑を「法化」していこうとする試みを追求していけば、その結果、刑罰を科すかどうか、また科す場合にはどの程度かという問題に対する帰結が一般人の処罰感情と食い違ふ場合がでてくるのが容易に想定される。しかし、逆の言い方をすれば、刑罰権の発動がつねに一般人の処罰感情と一致すべきならば、量刑の「法化」は不必要だということになる。それは、処罰感情に迎合した刑罰を科しさえすれば、それだけで、法的にも合理性があるということになるからである。そして、現に、日本の裁判官が一般人の処罰感情を非常に重視する傾向があることは、実務家の多くが指摘してきたところでもある。しかし、情報化の進ん

だ現代にあつて、社会的非難は、法的非難をはるかに越えて一人歩きをしている場合が少なくない。国家による処罰の不合理な拡大の危険から、被告人を守ることと同じく、一般人の不合理な処罰感情からも被告人の人権を保障する必要がある。法的観点からの量刑の合理性は、それが一般人の直観的な処罰感情と乖離することを認めてこそ、存在意義があるといつてよい。それでも、一般人の司法に対する信頼を維持するには、やはり処罰感情に左右されない下位基準の充実と、個別事例の詳細な事情についての判決文の法的説得力がぜひとも必要になるであらう。

(一九九三年五月一七日脱稿)

追記 脱稿後、一九九三年五月二十三日日本刑法学会第七一回大会において、城下裕二「量刑基準に関する試論——量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に」に出会った。責任に上限を画する機能のみを認め、損害賠償の支払に行爲者の任意性を要求される点などが、私見と異なる。